جامعـــة الجـــزائر 1

كليـــة الحقـــوق

التوازن في العقد

مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية

قدمت من الطالب: دحمون حفيظ

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور محمدي سليمان .... رئيسا

الأستاذ الدكتور: علي فيلالي .... مشرفا مقررا

الأستاذة: كميح حورية...عضوا

2012 – 2011

مقدمة

العقد ارتباط رضائين لترتيب أثر قانوني، يلتزم من خلاله المتعاقدان أو أحدهما بتقديم أداء معين لجلب منفعة مقصودة، قد تتناسب مع هذا الأداء وقد تتفاوت، بالنظر إلى طبيعة العقد و غرض أطرافه منه و تباين قدراتهم ومراكزهم. و يتم الاتفاق[1] بقصد تحقيق هذه المصالح المالية المتعارضة و المتباينة، بمجرد تبادل التعبير عن الإرادتين المتطابقتين.

و العقد إذ يعتبر وسيلة لترتيب الالتزامات، يعد كذلك مصدرا للحقوق، تنصرف الإرادة الجادة لابتغاء الفائدة إثر عملية المبادلة لهذه الحقوق، انطلاقا من أن التصرفات الصادرة من إنسان سوي مريد لا تقع مجردة من المنفعة، سواء تعلق الأمر بجلب مصلحة أو درء مفسدة.[2]

و المصلحة التي يستهدفها المتعاقدان من خلال العقد، هي مصلحة مباشرة لطرفي العقد ترقى إلى منزلة الحق و تنبثق منه، باعتبارها غاية لصاحب الحق يسعى لإدراكها.

فما الحق إلا مصلحة مقصودة يقرها القانون لشخص ما و يحميها ويكون له بمقتضاها سلطة التصرف، و ميزة الاستئثار و مكنة الاحتجاج بها في مواجهة الغير[3].

---

[1] أنظر في تعريف وأنواع العقود، المواد من 54 إلى 59 من القانون المدني، و طالع في تعريف العقد وفق النزعتين الذاتية والموضوعية، فيلالي علي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 33 هامش 3، و طالع أيضا في الفرق بين الاتفاق و العقد، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 80 و ما بعدها، و رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 16 هامش 1.

[2] و إلى ذلك أشار الشاطبي بقوله: " إن كل مالا منفعة فيه من المعقود عليه في المعاوضات لا يصح العقد عليه". موضحا عدم وجود مصلحة محضة ولا مفسدة محضة، و مضيفا بأن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام: أن تكون مصالح ضرورية، أو حاجية، أو تحسينية. طالع، أبو إسحاق الشاطبي الموافقات في أصول الشريعة، المكتبة العصرية، بيروت، 2007، الجزء الثاني والثالث، ص 7 و 116.

[3] و يشير الأستاذ رمضان أبو السعود إلى أن الحق لا يتقرر و لا يجوز استخدامه إلا لغرض تحقيق مصلحة ذاتية مباشرة و لها قيمة اجتماعية. بعد أن استند في تعريفه للحق للأستاذ جلال العدوي الذي عرف الحق على أنه: " مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية مباشرة". أما الفقيه إهرينج فيرى بأن المصلحة هي الغاية التي يحققها الحق لصاحبه. أنظر رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 40. و يرجع في تعريف الحق و التفريق بينه وبين المصلحة والرخصة والحرية، ومنازلها بالنسبة للحق الذي يحميه القانون إلى فتحي الدريني الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الرسالة، بيروت، 1985، ص 175 وما بعدها.

و المصلحة ما يقصد تحصيله من المنفعة، أي أن المنفعة لا تكون مقصودة ما لم تكن هناك مصلحة مقصودة من وراء تحصيلها، لأن المنفعة تستلزم المواءمة مع هدف مريدها فعند تخاف المواءمة ما بين الهدف و المنفعة تنتفي المصلحة.[1]

و ابتغاء المتعاقدان تحقيق هذه المنافع، لا ينفي تقبل حقيقة واقعية في المعاملات المالية و هي وجود التباين في نسب تحصيل الفوائد وتحقيق الربح، لأن الأشخاص حين يتعاقدون مستهدفين هذه المصالح بوصفها حقوقا مشروعة يلتزمون بتقديم أداءات تكون في كثير من الأحيان متفاوتة تناسبا مع اختلاف المتعاقدين أنفسهم في ثقافتهم و مؤهلاتهم و تمايزهم تسلطا أو إذعانا، بالنظر إلى طبيعة العقود و أنواعها و أسباب انعقادها. و لا يجب أن يؤدي التعارض بين المصالح و المنافع - - - مهما تباينت - - - إلى تخلفها أو انعدامها في جانب طرفي العقد، بالنظر إلى العلاقة الوطيدة بين فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة و فوات المنفعة المقصودة، خاصة في عقود المعاوضة لتباين المصالح واستهداف الحصول على البدل، باعتباره الهدف المقصود من التعاقد، بانصراف الإرادة إلى تحقيق الفائدة ذات القيمة المالية.

و إذا سلمنا بالوجود الواقعي لتفاوت التزامات المتعاقدين كونه أمر طبيعي بين أشخاص تباينت فوائدهم بتفاوت تقديماتهم و مؤهلاتهم؛ يكون أقرب للمنطق والقانون التسليم بابتغاء الأطراف تحقيق **التوازن**[2] بين أداءاتهم في العقود حفظا للمصالح و تحقيقا للعدل.

---

[1] طالع، مجيد حميد العنكبي، أثر المصلحة في التشريعات، جامعة صدام، العراق، 2001، ص 20، و ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، منشورات زين الحقوقية، ط 1 ، 2009، ص 85.

[2] التوازن كلمة مشتقة من الجذر اللغوي " وزن" لكنها من الفعل " وازن " بالنظر إلى بنائها، ويقصد بها عدة معان: ومنها المساواة بين شيئين، نقول وازن الشيء بالشيء أي ساواه وعادله، ومنها المقابلة بين الشيئين نقول: وازن بين الشيئين موازنة ووزانا أي قابل بينهما للمفاضلة والترجيح والمعنى الثالث معرفة قدر الشيء، و الميزان هو المقدار والعدل. و عليه فكلمة " توازن" هي من الفعل المزيد "توازن، أو الفعل اتزن" الذي يعبر عن المساواة والعدل، و للفظ العدل في اللغة العربية دلالة مادية ودلالة معنوية، حسب السياق الذي يرد فيه، سواء باستعماله مصدراً أو وصفاً أو في صيغ "الأفعال" المشتقة من المصدر، فهو بالمعنى المصدري المادي يدل على التوازن بين أمرين في الكم والكيف، و هو بالمعنى المعنوي يدل على تحقق التوازن في الحكم بين طرفين متقابلين، على أساس المماثلة بينهما في الاعتبار. و اشتق من المصدر الفعل عدل يعدل، بمعنى ساوى يساوي أو وازن يوازن، سواء تعلق الأمر بالمقادير أو تعلق بالقيم، أو بالمساواة بين الأطراف المتقابلة، فالعدل هو إقامة المساواة و إحداث التوازن. طالع، جار الله أبو القاسم

والعدل من أقدم الفضائل الإنسانية التي تعبر عن رغبة أصيلة لدى الإنسـان فـي إحقاق الحق ورد الظلم في كل مكان وزمان، ولهذا تبنته القوانين القديمة والحديثة كغايـة يسعى القانون الوضعي لإدراكها استنادا إلى القانون الطبيعي، وهي فكرة اهتم بها رجـال القانون، وتكونت أسسها النظرية على يد الفلاسفة.[1]

و العدل من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية تضمنته أحكام القرآن و وجهـت إليـه السنة و عززه الفقهاء بكثير من الاجتهادات التي انعكست على العقود المدنية.[2]

محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار التنوير العربي، لبنان، ط 4، 1984، ص 198، و ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، 1984، ج 13، ص 447 و مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، دار الفكـر، 2010، ص 1115.

[1] و بقصد توضيح هذا الاهتمام، نورد بعض المفاهيم حول العدل و العدالة عند فئة من فقهاء مختلف العصور

أرسطو: " مضمون القوانين هو العدالة وأن أساس العدالة هو المساواة".

الفقيه شيشرون: " العدل هو قمة ما تصبو إليه العدالة"

الإمبراطور جستنيان: العدل هو حمل النفس على إيتاء كل ذي حـق حقـه والتزام ذلك على وجـه الدوام الاستمرار.

الفقيه سلس: "القانون هو فن الخير والعدل".

الفقيه أولبيان: "العدالة هي إرادة دائبة لإيفاء كل ذي حق حقه، و مبادئ القانون ثلاثة: أن نعيش بشرف، و أن لا نضر أحد، و أن نوتي كل ذي حق حقه".

طالع في مختلف هذه التعريفات، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 147. و السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 87. و مصطفى سيد صقر، فلسفة و تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1989، 388. و حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975، ص 153.

[2] وقد قال ابن القيم: " إن الشريعة الإسلامية عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها و حكمة كلها فهي عدل الله بين عباده و رحمته بين خلقه ويترتب على ذلك حقيقة عملية تتمثل في أن الأصل في العقود كلها إنما هو العدل الذي بعث الله به الرسل و أنزل به الكتب، وقرر بموجبه مختلف الأحكام، فإذا خرجت مسألة منها من العدل إلى الجور فليست من الشريعة". طالع، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث، ج 1 ص 388، و ج 3 ص 610. كما أن العدالة في العقود مطلوبة شرعا، بدليل تحريم الاحتكار والغرر والغش والتدليس، و العقد في الشريعة مغي بغاية، وما هو إلا وسيلة لتحقيق تلك الغاية. فإذا أفضى تطبيقه في ظل ظرف ما إلى خلاف ذلك، اقتضت العدالة التدخل وفق ما يقتضيه مبدأ العذر. كما أن قاعدة الأصل في العقود العدل، تضاف إليها قواعد أصولية تحقيقا لنفس المقصد، ومنها، قاعدة المشقة تجلب التيسير، الضرر يزال، الأمور بمقاصدها، إذا ضاق الأمر اتسع، لا ضرر ولا ضرار، الحاجة تنزل منزلة الضرورة، الاضطرار لا يبطل حق الغير، طالع في تفصيل أكثر، وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، دار الفكر، سورية، ط 4، 1997، ص 182.

و قد أكدت آيات القرآن الكريم هذا المقصد ونذكر منها قوله تعالى: " إن الله يـأمر بالعدل والإحسان و إيتاء ذي القربى..."[1]. وقوله تعالى: "والسماء رفعها ووضع الميزان. ألا تطغوا في الميزان. و أقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان".[2]

و قد أجمع فقهاء القانون على تجلي العدل في صورتين: عدل توزيعي وعدل تبادلي. فالعدل التوزيعي، وهو العدل الذي يسود علاقة الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فـي جماعة سياسية هي الدولة وتطبق على الأموال والحقوق والواجبات العامة، وتهدف إلـى أن يحصل كل عضو من أعضاء الجماعة على قدر مناسب لاستحقاقه بحسب كفاءتـه أو قابليته أو ما قدمه من تضحيات، انطلاقا من حقوق الفرد تجاه المجتمع .

فهو العدل الذي يعنى بتوزيع الحقوق و الالتزامات على الأفراد في المجتمع بمسـاواة بحسب قدراتهم و مؤهلاتهم و أعمالهم، ولذلك يطلق عليه مساواة تناسبية لتفريقهـا علـى المساواة الحسابية الفعلية المطلقة. و يراد بالعدل التوزيعي أن تعالج الحالات المتسـاوية معالجة متساوية ويترتب على ذلك، أن لا يحصل شخصان غير متساويين على مـا هـو متساو لأن مساواة غير المتساويين ظلم.[3]

أما العدل التبادلي أو التعويضي فهو العدل الذي يسود علاقات الأفراد و يدل على التفاعل فيما بينهم بانتقال الأشياء أو الخدمات أو الأعمال بموجب اتفاقاتهم، و من الطبيعي أن تكون هذه العدالة التبادلية قائمة على أساس مبدأ المساواة الحسابية المطلقة لأنها نابعة من إرادة الأفراد أنفسهم، بسعيهم المتعارض لتحقيق المقابل المادي الحسابي للأداء المقدم ولن يجور أحد على نفسه حين يتعاقد مبتغيا هذه الفوائد، فهو أولى برعايـة مصـالحه و صون حقوقه. لأنه يوازن بين المنافع أو الأداءات المتبادلة وهي تخضع لمبدأ المسـاواة الفعلية وليست القانونية، من منطلق وجوب تحقيق العدل عند تقابل حقوق الأفراد.

---

[1] الآية 90 من سورة النحل.

[2] الآيات 7 و8 و 9 من سورة الرحمان.

[3] طالع، السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 87. و حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 153. أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 147. وفي هذا الشأن يقول منتسكيو: " والناس في الحالة الطبيعية يولدون متساوين، ولكنهم لا يستطيعون البقاء على هذه الحال، فالمجتمع يفقدهم المساواة، وهم لا يعودون متساوين إلا بالقوانين "، طالع، مونتسكيو، المرجع السابق، ج 1، ص 169.

ويتقاطع العدل التوزيعي والعدل التبادلي في نقطة مشتركة هي التوازن التعاقدي لإن هذا التوازن ما هو إلا تعبير عن العدالة التعاقدية باعتبار أن هدف المفهومين العميق هو البحث عن هذا التوازن، تعنى فيه الصورة الأولى بإعادة التوازن بين قوى الأطراف سواء كانت اقتصادية، أو معنوية، في حين تهتم الأخرى بإعادة التوازن إلى مضمون العقد.[1] الخلل في التوازن بين التزامات المتعاقدين الذي وقع في إطار عدالة التوزيع يتم إزالته عن طريق العدل التبادلي، باعتباره الضامن لاستمرار التوازن المبدئي الذي يقيمه العدل العام بصورتيه التوزيعية و الاجتماعية.[2]

و بعد هذه المقاربة بين مختلف المعاني التي تلتقي مع فكرة التوازن؛ و بعد الإقرار بأن القانون هو فن الحق والعدل، حري بنا تبيان نظرة المشرع إلى فكرة التوازن في العقد، و ذلك بتقسيم موضوع البحث إلى فصلين. الفصل الأول وأتناول فيه توازن العقد من خلال صحة التراضي، وقد قسمته إلى مبحثين أتطرق في المبحث الأول إلى كفاية التراضي لتوازن العقد. و في المبحث الثاني أتعرض إلى أن إقرار المشرع لبعض العقود يؤكد كفاية التراضي لصحتها و القول بتوازنها، دون اعتبار للتوازن المادي في هذه العقود.

و في الفصل الثاني؛ سأعمد إلى تبيان اهتمام المشرع بالتوازن المادي في العقود بصفة استثنائية من خلال مبحثين، أتطرق في المبحث الأول إلى مراعاة المشرع للتوازن المادي في العقد، لأبين في المبحث الثاني آليات معالجة اختلال التوازن في العقود.

---

[1] طالع في هذا المعنى: =
BEATRICE. JALUSOT, La bonne foi dans les contrats, DALLOZ, 2001, n° 941, p 257.

= بينما يرى الأستاذ مصطفى مكي: أنه لا غنى عن العدالة الإجرائية، دون العدالة الموضوعية التي اعتبرها جوهرية متسائلا عن مدى الأخذ بالعدالة الموضوعية بغض النظر عن إرادة الأطراف، حال الاعتداد بقاعدة التوازن العقدي و نظرة المواءمة. طالع: MUSTAPHA MEKKI, L' intérêt général et le contrat, LGDJ, 2004, n° 1243 p 787

[2] طالع، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 217، و سمير تناغو، النظرية العامة للقانون،منشأة المعارف، مصر، 1986، ص 142، و مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 345.

الفصل الأول : توازن العقد من خلال صحة التراضي

تبنى المشرع النظرية الشخصية للالتزام متأثرا بغيره من التشـريعات الحديثـة[1] فاعتمدها في وضع العديد من أحكامه، ويتضح ذلك جليا بالرجوع إلى نص عرض أسباب القانون المدني.[2]

و قد انعكست هذه النظرة للالتزام على العقد كأهم مصدر من مصـادره، فاصـطبغ بالنزعة الذاتية التي يحفل أنصارها بإرادة المتعاقدين الحرة منشئة للحقوق ومرتبة للآثار.

و يجعلون لها السلطان الأعظم في تكوين العقد و يبسطون هذا السلطان ليمتـد فيشـمل مرحلة تنفيذه مكتسبا قوة ملزمة، تجعله في منأى عن النيل من قداسته.

و ينتج عن التقاء مشيئتين بهذا السلطان عقدا مدنيا، يسـلم المنطـق القـانوني بتـوازن الالتزامات المتولدة عنه، وتكافؤ المصالح المحصلة، و تعادل الفوائـد مـع الالتزامـات المترتبة في ذمة الطرفين بموجب هذا العقد.

توازن يهتم بالتراضي السليم، المنبثق عن الاختيار الحـر المسـتنير، غيـر آبـه بالمساواة المادية بين الأداءات، لأنه توازن ذاتي ينطلق من أن الشخص إذا كـان سـليم الإدراك، واعيا غير مكره أو مستغل، لا يقدم على إبرام عقد يضر بمصلحته.

كما أن الإرادة الحرة السليمة إذا أقبلت على التعاقد حققت التوازن بين مصـلحتها ومصالح الإرادة المقابلة لها بوجهة نظر ذاتية، لا يمكن تقدير قيمتها، بعملية حسابية أو تحديد مراميها في الانتفاع من العقد. و التـوازن الـذي تخلقـه الإرادة المشـتركة للمتعاقدين، لا يمكن قياسه، لأن التراضي يفترض العدل الذي يعني ـ ـ ـ ـ وفـق هـذا التصور ـ ـ ـ ـ المساواة القانونية في صورة التوازن الشخصي.

و سوف نتناول نظرة المشرع إلى توازن العقد من خلال صحة التراضي بالتطرق إلـى كفاية التراضي لتحقيق التوازن في العقد (المبحث الأول) ثم نتعرض إلـى أن إقـرار المشرع لبعض العقود يعتبر تأكيدا لكفاية التراضي لصحتها و توازنها في (مبحث ثان).

---

[1] و من هذه التشريعات التي تبنت النزعة الذاتية و استلهم منها المشرع العديد من الأحكام: القانون المدني الفرنسي، المشروع الفرنسي الإيطالي، المشرع المصري.

[2] طالع، الوثيقة المتضمنة لنص عرض الأسباب للقانون 75 / 58 المتضمن القانون المدني الجزائري لسنة 1975.

المبحث الأول: كفاية التراضي لتحقيق التوازن في العقد

للعقد أركان يقوم عليها ولا يكون بدونها، فالعقد إما صحيح بتوافر الأركان وإما باطل بانعدامها، وأركان العقد طبقا للقواعد العامة هي التراضي و المحل والسبب.

و يعتبر التراضي أهم هذه الأركان لتعلقه بالأشخاص المتعاقدين لا بالأشياء المادية البحتة، مما يجعل التسليم بوجوده من الأمور المستعصية لولا الدلالات على وجوده، كما يصعب نفي تحققه و إثبات انعدامه، نظرا لخصوصيته غير القابلة لتعميم القياس.

و على هذا الأساس سوف نولي اهتماما بالغا للتراضي وكفايته في تحقيق التوازن في العقد من خلال تبيان مرتكزات فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي في (مطلب أول) ثم نتعرض في (مطلب ثان) إلى أن التراضي الكافي للتوازن و المحقق له، يجب أن يكون صحيحا انطلاقا من أن العقد المتوازن لا تنشئه إلا إرادة سليمة. لنتطرق في (المطلب الثالث) إلى أن العقد المتوازن تعكسه المساواة المجردة بين أطراف العقد.

المطلب الأول: مرتكزات فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي

إن فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي، نجد لها أساسا في النظرية التقليدية التي تحكم العقد من الإنشاء إلى التنفيذ وفق تصورات الفلسفة الفردية و التصور الشخصي للالتزام الذي يجعل للإرادة مطلق الحرية في إبرام العقد و تحديد مضمونه، و ترتيب آثاره.

و يجدر بنا قبل الخوض في تفاصيل الموضوع أن نتعرض إلى فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي في (فرع أول) و بما أن الفكرة لها أصول و عمق فيفضل أن نتطرق إلى مبدأ سلطان الإرادة فنبين مدلوله و دعائمه والغايات السامية التي يهدف المبدأ إلى تحقيقها في أجل مراميه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي

إن العقد باعتباره وسيلة لترتيب الالتزامات، يستمد قوته من عناصر وجوده و انعقاده صحيحا مرتبا للآثار، مرتكزا على تراضي الطرفين كفاية لتوازنه، و لا شأن لغير المتعاقدين في تقرير المساواة من عدمها، لأن العدل ما ارتضاه الأطراف.

و العقد باعتباره مصدرا من شأنه أن ينشىء حقوقا لطرفيه مع قدرتـه علـى تنظـيم العلاقة بينهما، هاته الحقوق هي حقوق ذاتية ترتبت على إطلاق حرية الأفراد انطلاقا من أن الإرادة الحرة تخلق الحق و الإرادة السليمة الواعية قادرة على حمايته.

فالإرادة الفعالة باستقلاليتها وحريتها قادرة على تحقيق الفائدة من العقد بما يتناسب مع التزاماتها العقدية دون وصاية من إرادة أخرى و لو كانت إرادة القانون، لأنها أدرى مـن غيرها بهذه المصالح و أكفأ من الجميع في تحقيق التوازن.

و التوازن الذي نقصده في هذا المجال هو التوازن الذي تحققه الإرادة الحرة السليمة الإرادة القادرة و المستقلة بتعاقدها بروح المساواة مع إرادة تعادلها. و ينظر إلـى هـذه المساواة من كونها مساواة مجردة، و يقصد بالعدل ما رآه المتعاقدان عدلا.

و القول بالمساواة المجردة يوحي باستبعاد المساواة الفعلية الحقيقيـة، التـي يمكـن تحقيقها في إطار توازن العقد من خلال صحة التراضي، لكن ما يجب التركيز عليه هـو أن القانون لا يشترط المساواة الحقيقية، مساواة في مقدار الالتزامات المتقابلـة و قيمتهـا المالية للإقرار بوجود التوازن.

كما لا يستبعد بالنتيجة العدل القائم على المساواة الفعلية التي يستهدفها طرفا العقد، و لا مانع ـ ـ ـ في ظل هذا التصور ـ ـ ـ من أن يشترطاه في اتفاقهما بأن يضمناه بندا من بنود العقد. فما دام للإرادة السلطان الأعظم في إنشاء العقد وتعديلـه و إنهـاءه، فللمتعاقدين أن يتفقا على وجوب تحققه بأن يجعلاه من جملة الاشتراطات العقديـة، أو أن يجعلا جزاء معينا نتيجة لتخلفه.

إن المرددين لعبارة: "العدل ما ارتضاه الأطراف"، أو العبارة المشهورة: " من قال عقدا قال عدلا"، أو غيرها من العبارات الدالة على نفس المعنى؛ كثيـرا مـا يخطئـون فـي مقاصدها، إذ القول بأن العقد شأن المتعاقدين لا يعني استبعاد العـدل، أو عـدم ابتغـاء المساواة، كما لا ينم بأي حال من الأحوال عن النية في استهداف استبعاد تحقيق التوازن.

غاية ما في الأمر أن العقد هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدل، وذلك لأن الشخص السوي المريد لا يقدم على عقد يضر بمصلحة من مصالحه، و لا يتعاقد حرا ومختارا إلا عـادلا في حق نفسه أولا. و بتعادل العدلين تتحقق العدالة العقدية في ظل هذا التصور.

و العدل ما ارتضاه الأطراف لا يعني أن الشخص قد تنصرف إرادته إلى قصد عـدم التوازن المادي في العقد، بل على النقيض تماما، فللمتعاقدين أن يتفاوضـا و يتناقشـا و يتساوما و يتشارطا بملء ما تحتويه معاني الحرية التعاقدية، ليتراضيا في الأخيـر بعـد تطابق إرادتيهما على ما يحقق التوازن بين التزاماتهما المتقابلة و المترابطة. و هو الأمر الذي يعتد به المشرع لكنه في المقابل لا يشترط لقيام العقد صحيحا و متوازنا أن تكـون هناك مساواة حسابية، وإن حدثت باتفاق الأطراف فالقانون أولى بإقرارها.

كما أن الخلل في التوازن الذي يدعيه الغير، لا يشكل بمفرده ذريعة للتدخل في العقـد و القول بعدم توازنه، تحت أي مسمى و إن كان إدعـاء انتفـاء العدالـة العقديـة. لأن المتعاقدين أحرار في ترتيب أوضاعهم التعاقدية و تحديد مراكزهم بما يحفظ مصالحهم و يرعاها، طالما تم الاتفاق بمحض الإرادة السليمة. لأن فكرة التوازن لا تستهدف المساواة المادية.

فالمشرع لا يشترط التوازن المادي في العقود كأصل عام، لأنه يهتم بالإرادة التـي تنشئها لأن المشرع يضمن المساواة في الحقوق و الواجبات و هي مساواة مجردة، يضمن من خلالها وجود إرادة قانونية، تضمن بدورها الفعال التوازن في العقد وهو توازن نسبي.

فإذا كان كل متعاقد يتمتع بسلطان الإرادة يفرضه على رقعة صغيرة هي العقـد، فلا يمكن لسلطانين حكم هذه الرقعة إلا بتنازلات متبادلة وحرة و متوازنة و عادلة، فـلا أعدل من الإنسان مع نفسه إن عدل.[1]

و بعد هذه الإلماعات حول فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي ، فإنه سيتم تناولها بشيء من التفصيل بتفكيك جزئياتها فيما يأتي بيانه. و إذ ترتكز فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي على أفكار بعينها، وتستمد وجودها و ثباتها مـن مـذهب لـه جذوره و أصوله، فهي كذلك تتلاءم مع تصور خاص ينسحب على فكرة التوازن، فتعزى إليه المحاسن وفضائل التبعات، كما يلحق الفكرة ما عد من مثالب هذا التصور.

الفرع الثاني: أصول الفكرة، دعائمها و مراميها

لا يخلو كتاب تناول النظرية العامة للالتزام في شقها الرئيس وهو نظرية العقد مـن الإشارة إلى مبدأ سلطان الإرادة، و يكاد الفقهاء يجمعون على الإشادة به مهيمنـا علـى

---

[1] طالع، مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 117.

العلاقات التعاقدية وبخاصة منها المعاملات المالية، تأثرا بفكر و إتباع لمـنهج و ترتيـب لآثار.

ولا نعدم فائدة من التطرق إلى هذا المبدأ تأريخا و تأصيلا، ليس من باب الاستنساخ و إنما لاعتباره من أوليات البحث الذي يرتكز على المبدأ مدللا بذاته على فكرة التـوازن الشخصي، كنتيجة حتمية لانحياز المشرع للنزعة الذاتية.

و نشير إلى أن هذا التصور لفكرة التوازن في العقد، الذي ينطلق من أن الإرادة الحرة قادرة على تحقيق التوازن، نشأ بعد اعتناق مختلف التشريعات المدنية الحديثة لمبدأ سلطان الإرادة مع تفاوت في نسبة الأخذ به، وصلت بالبعض منهم إلى حد التطـرف الأقصـى بإطلاق العنان للإرادة و حريتها في أن تتعاقد كيفما تشاء و مع من تشاء بالقـدر الـذي تشاء.

إن مبدأ سلطان الإرادة كمفهوم يضرب بجذوره إلى حقب زمنية غابرة، تمتـد إلـى قرون عديدة، يؤرخ له الشرقيون من فقهاء القانون إلى آلاف السنين قبل الميلاد، ويـرده فقهاء الشريعة ابتداء من القرن السابع للميلاد، بينما يؤرخ له الغربيون ابتداء من القـرون الوسطى بعد تشبع القانون الروماني و تأثره بالفكر الكنسي[1].

---

[1] عرفت الحضارة الشرقية المتمثلة في العراق القديم القانون، ومن ثم تدوينه في مدونات عديدة قبل أكثر من خمسـة وعشرين قرنا من تدوين القانون الروماني، لعل أهمها قانون حمو رابي الذي أشار في مقدمته إلى العدل و نشر الحـق بين أفراد المجتمع وتوحيد القوانين كأسباب رئيسية لإصدار التقنين. وقد خصص قانون حمو رابي للعقود و آثارها أكثر من سبعين مادة رغم أنهم لم يعرفوا العقد كفكرة مجردة وصياغته كنظرية عامة، وبالمقابل نجد فـي قـوانينهم أنـواع العقود مثل البيع والإيجار والوديعة والعارية والشركة وغيرها. ولا صعوبة في التدليل على أن الفقه الإسلامي يقر مبدأ سلطان الإرادة في مجال المعاملات المالية مستندا إلى قواعد جليلة منها:" الأصل في العقود والشروط الإباحة حتى يعلم الحضر".

و خاصة في العقود المدنية سيما في مرحلة الإنشاء، لأن المبدأ في الفقه الإسلامي هو جعلية الآثار، بمعنى أن للأفـراد كامل الحرية أثناء إبرام العقد غير أن الآثار المترتبة عن ذات العقد تبقى من اختصاص الشارع الحكيم.

و لا يجرؤ أحد على إنكار ما للرومان من بالغ أثر في ميدان القانون الخاص، إذ تعتبر قوانين الإمبراطورية الرومانية مرجع جل القوانين المدنية الحديثة، ورغم هذا السبق، إلا أنها لم تقر ولم تعتـرف بمبـدأ سـلطان الإرادة، فالقـانون الروماني ينعت بالقانون الشكلي استنادا إلى القاعدة الرومانية القائلة بأن: " الاتفاق المجرد من الشكل لا ينشئ حقـا ولا يولد دعوى ". و انتعش المبدأ في ظل القانون الكنسي، وذلك بعد انتشار الدين المسيحي والذي كان من مبادئه احترام العهود والنذور والأيمان، ونبذ الكذب وخيانة الأمانة. وفي عصر النهضة العلميـة فـي أوربـا، وبفضـل الأبحـاث المستفيضة التي قام بها كل من الفقيهان الفرنسيان DOMAT و POTHIER وكذا فلاسفة العقد الاجتماعي، أثمـرت

ولعل الدعامة الأساس لهذا المبدأ، هي التوق إلى الحرية الفردية والانعتاق من القيود التي فرضت على الإنسان جورا ردحا من الزمن. فثار على النظام الذي يفرض تفاني الفرد على حساب مصلحته الخاصة في خدمة المدينة في حضارة الإغريق، وتمرد على الشكلية البحتة في نظام الرومان إلى أن تقررت له بعض الحقوق.

والحرية التي نقصد في هذا المجال هي حرية الشخص في أن يلتزم أولا يلتزم، فهو لا يلتزم إلا طوعا باختياره، بالقدر الذي أراد وفي الحدود التي رسمها، طالما لا تتعارض مع ما حضره القانون الذي ينظر إليه وفق هذا الفكر كحام للحرية الفردية.

و يرد أصحاب المذهب الشخصي فكرة الاعتداد بكفاية التراضي لتحقيق التوازن في العقد، إلى كون اعتناق مبدأ سلطان الإرادة يعتبر الوسيلة الأمثل لتحقيق ذلك، نظرا للغايات السامية التي يرمي إلى تحقيها، ولعل أهمها على الإطلاق: واجب الوفاء بالوعد، والأمن القانوني المؤدي إلى استقرار المعاملات، و العدالة التعاقدية.

فمن غايات المبدأ النبيلة واجب الوفاء بالعقود والعهود التي يقطعها المرء على نفسه، فالأشخاص الذين يلتزمون بإرادتهم الحرة، إنما يلتزمون لكي يوفون، من فلسفة أنهم أسياد لأنفسهم أثناء انصراف إراداتهم السليمة لإبرام العقد، والدخول كطرف في العملية التعاقدية وهم مسؤولون عن هذه التصرفات والآثار التي تترتب عليها.

ويعتبر الأمان في المعاملات وجها من أوجه الأمن القانوني الذي يطبق في مجال المعاملات. تترجمه الثقة التي يجب أن تسود بين المتعاقدين، والطمأنينة التي يشعر بها الغير من خلال ثبات التعامل واستقراره على الوجه المتعارف عليه. ويحصل الأمن القانوني ومن ثم الأمان في العقود إذا ما تأكد الأفراد بأن العقود التي أبرموها في منأى عن التغير بفعل الظروف العادية أو الاستثنائية، بما لهذه العقود من قداسة ومنعة.

هذه الجهود وغيرها في صدور تقنين نابليون سنة 1804 المتشبع بروح الفردية والحرية، و الذي تلقف فكرة دوما القائل: " إذا تمت الاتفاقات فكل ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديه". و نادى بالمبدأ في ألمانيا كل من سافيني و وند شايد، و قد تبنته جل القوانين المدنية الحديثة . طالع، محمد سلام زناتي، قانون حمورابي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1، جانفي، 1971، ص 3 و صوفي أبو طالب، تأريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، مصر، 1977، ص 110. و علي محي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ج 1 ، دار البشائر الإسلامية، ط 3، 2008، ص 91 .

و إذا أردنا ربط الصلة بين فكرة التوازن في العقد مع مبدأ سلطان الإرادة، و العدالـة كغاية مثلى، فإن الأمر في من السعة و الدقة ما يستوجب التحديد الذي لا يناقض البسط.

و يتسع المجال كلما حاولنا تقريب المبدأ من الغاية، لأن مبدأ سلطان الإرادة لـه مـن التفريعات ما يمكن أن تتقاطع إحداها بأهداف العدل، و إذا كان العدل هو القانون الطبيعي فإن أنصار المبدأ يزعمون أن مبدأ سلطان الإرادة هو قانون طبيعي، فهي علاقة الجـزء بالكل، و إذ لا يجزم بتماثل الجزئيات مع كليات تنتمي إليها كقاعدة عامة، فلا أحد يمكنـه نفي العلائق المتشابكة بين العناصر المختلفة المكونة لكل منها.

و يدق الأمر إذا أردنا أن نبحث عن فكرة توازن الأداءات في العقد في هذا الخضم، فـإذ كان هذا التوازن ترعاه إرادة في منتهى الحرية و الاستقلالية، فإن هذه الإرادة السليمة قد ارتضت الدخول في العملية التعاقدية و فق المصالح المستهدفة باعتبارات ذاتية، ودوافـع شخصية، تفوق الاعتبارات الموضوعية.

فالحرية ترعى التوازن و تحققه، و العدالة تفترض الحرية، و مبدأ سلطان الإرادة بني على الحرية لاستهداف العدل الذي يسمو على كل توازن مادي مجرد.

و تبقى هذه الغاية من أهم مرتكزات فكرة التوازن في العقد عليها يعتمد و إليها يصبو انطلاقا من الأفكار العديدة التي صاحبت هذا التصور، و التي تم إجمالها في فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي التي تحتاج إلى المزيد من البسـط و التحليـل، و ذلـك بالتعرض إلى سمات الإرادة الكفيلة بتحقيق هذا التوازن، و الأفكار و المبادئ المصاحبة لها.

المطلب الثاني: الإرادة الكفيلة بتحقيق التوازن

كان للمذهب الفردي انعكاس على بعض المفاهيم و المبادئ القانونية، فالعقـد هـو أساس القانون بوصفه الوسيلة المثلى لكافة العلاقات القانونية، و الإرادة هي أساس الالتزام العقدي. ومن ثم تعتبر الإرادة مصدرا للقانون. و العقد وهو تعبير عن هذه الإرادة كفيـل بإحداث التوازن بين مصالح المتعاقدين لأن الإنسان لا يسعى برضاه واختيـاره إلا إلـى تحقيق مصالحه. و إذا كانت فكرة التوازن تنطلق من التراضي السـليم، فيصـبح هـذا التراضي هدفا نتوخاه ونتتبع تحققه، فهو الغاية المرحلية التي يجب أن ندركها، و بمـا أن

التراضي يتطلب التقاء رضائين و توافق إرادتين، فحري بنا أ ن نبحث عن هذه الإرادة و نعدد مميزات التي تؤهلها لأن تكون كافية بمفردها لإحداث التوازن المنشود في العقد.

و القول بكفاية الإرادة لتحقيق التوازن، يستوجب علينا أن نوضح ماهية الإرادة الكفيلة بتحقيق ذلك، بالتعرض إلى وجود التراضي وطرق التعبير عنه ثم إلى سـلامة الرضـاء بتوافر أهلية الأداء في المتعاقدين، لنبين دور الإرادة السالمة من العيـوب فـي تحقيـق التوازن من خلال نظرية عيوب الإرادة؛ لنبرز بأن العقد المتوازن تنشئه إرادة سـليمة (الفرع الأول). ثم نتطرق إلى أن الإرادة الفردية قادرة على تحقيق التوازن مـن خـلال خصائصها في (فرع ثان)

الفرع الأول: العقد المتوازن تنشئه إرادة سليمة

وبما أن العقد هو حصيلة إرادة حرة، فلا يسـتقيم الأمـر إلا إذا كانـت هـذه الإرادة موجودة و سليمة، ما دام التراضي كافيا للصحة و التوازن بعدما تحرر من الشكل الـذي يقيده فالإرادة الكفيلة بتحقيق التوازن في العقود يجب إطلاق العنان لها لتحديد مضـمون العقد وكذا تحديد الآثار المترتبة عليه، ولا يتأتى لها ذلك إلا إذا سلمت من كائن عيوب قد تشوبها.

لأن مقتضى الحرية الفردية أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم حرا ومختـارا وهو لا يتنازل عن بعض حريته إلا مريدا باختياره وفق فلسفة العقد الاجتماعي.

و يحسن بنا أن نتطرق إلى ماهية الإرادة القادرة على إحداث التوازن، انطلاقـا مـن التعرض إلى التراضي السليم، ثم إلى أهلية المتعاقدين و أخيرا إلى صحة التراضي.

أولا: الرضاء الكافي لتحقيق التوازن

و يقتضي وجود الرضا تطابق إرادتين سليمتين يتبعهما تراض على جوهر العقـد الذي يقوم وفق التصور الشخصي للالتزام على مجرد التوافق بين إرادتين علـى العقـد وماهيته وشروطه وبنوده، ولذلك عد الرضاء أساس العقد وأهم أركانه، بل نجد المغـالين من المذهب يعتبرونه الركن الوحيد في العقد. انطلاقا من أن العقد لا يقوم إلا على ركن واحد هو التراضي، و أن الركنين الآخرين المعتمدين في النظرية العامة للعقد لا يقومـان

إلا على هذا الركن، من كون العقد قائم على الإرادة التي لا يمكنها إلا أن تتجه مستهدية إلى الاتفاق على محل ممكن وموجود، وهي لا تلتزم عن طواعية إلا لسبب مشروع.

والتراضي المنشود الذي نقصده هو الذي تتوافر فيه الإرادة الحرة المدركة السليمة والتقاؤها مع إرادة تعادلها وتماثلها أهلية و وعي وتبصر.

1 ـ الإرادة تسبق، توجه وتقود الرضاء

الإرادة هي حجر الزاوية في العقد، فإذا سلمت سلم الرضاء وعليه يمكننا التفريق بداءة بين الإرادة والرضاء، وذلك بالإشارة إلى أنها تسبقه، توجهه ومن ثم تقوده.

فالمتعاقد يستطيع بعد التعبير عن إرادته أن يتراجع، أن يغير أو يعدل من إرادته إلى حين حصول تطابق إرادته في التعاقد مع الطرف الآخر في العقد، و اتفاقهما على كل المسائل الجوهرية. فالعقد هو تطابق الرضائين وليس تلاقي الإرادتين. لأن الرضا يتوسط التعبير عن الإرادة و الالتزام بمضمون العقد.

ويفرق عادة بين الإرادة والاختيار، فإذا كانت الإرادة تسبق الرضاء، فإنها لا تكون إلا بعد أن يختار المتعاقد ولا يكون له ذلك إلا بتوافر عدة بدائل ينتقي منها ما يشاء كما يريد أما إذا لم تتوافر هذه الخيارات، أو أجبر على التعاقد تحت أي سلطان، تحضر الإرادة ويغيب الاختيار لأنه أخص منها. ولذلك لا تكون الإرادة معتبرة إلا إذا أقبلت على التعاقد حرة مختارة، تعكس الرضا المتعاقد القاصد لعبارات العقد و المميز لآثاره.

2 ـ التراضي الذي قصده المشرع

و نكون أمام التراضي المقصود من طرف المشرع، إذا كان التعبير عن الإرادة الصادر من طرفي العقد يعكس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين. وهو ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فالعقد ـ ـ ـ ـ وفق تصور المذهب الفردي ـ ـ ـ يقوم على توافق إرادتين باطنيتين بقصد إنشاء آثار قانونية فركن العقد هو الرضا، والأثر القانوني المترتب عن العقد ينشأ في ذمة كل من طرفيه لأن إرادة كل منهما اتجهت إلى قبول هذا الأثر، أي أن الأثر ينشأ مباشرة عن الإرادة.[1]

---

[1] طالع، عبد الرحمان عياد ، أساس الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه ، مصر ،2004، ، ص 1.

ولم يقف النازعون إلى هذا المذهب إلى أن صيروا منها نظريـة مسـتقلة تـدعى نظرية الإرادة الباطنة والتي عرفت انتعاشها في القوانين اللاتينية والجرمانية علـى حـد سواء.

"و النظرية في الواقع نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة، فما دامت إرادة المتعاقدين هي التي تخلق الالتزام، وتحدد مداه، فيجب البحث عن هذه الإرادة فيمـا تنطـوي عليـه النفس و ما يستكن في الصدر. هذه الإرادة التي جالت في الخاطر وانعقدت في الضـمير هي التي يعتد بها، أما مظهر التعبير عنها فليس إلا دليلا عليها، ولا يعتبر إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بأمانة ودقة."[1]

فالعبرة في ظل هذا المذهب بالإرادة المضمرة في الـنفس، ويفتـرض أن تكـون الإرادة الظاهرة المعبر عنها بالطرق المختلفة هي نفسها الإرادة الباطنة التي تختلج فـي الضمير بمعنى أن وسائل التعبير الظاهر قرينة على الإرادة الحقيقية، وهي قرينة بسـيطة قابلة لأن يثبت صاحبها عكسها، وذلك بإثبات أن التعبير الخارجي لا يعبر عـن حقيقـة إرادته ولا يطابقها. والمشرع إذ يأخذ بالإرادة الباطنة كأصل[2]، عند اعتداده بالإرادة الحرة في إنشاء العقود وترتيب الآثار، و وجوب سلامتها من عيوب الرضاء من غلط وإكـراه وتدليس واستغلال، وإعطاء من عيبت إرادته حق الإبطال، و يعتنق كذلك النظرية الحديثة للسبب فيعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد، و يوجب البحث عن نية المتعاقدين عند غمـوض عبارات العقد والحاجة إلى التفسير والتأويل؛ يأخذ ـ ـ ـ ـ أي المشرع ـ ـ ـ ـ بالإرادة الظاهرة في حالات معينة.

أما طرق التعبير عن الإرادة فقد حددتها المادة 60 من القانون المدني ويستوي في ذلك التعاقد بالوسائل المألوفة العادية أو الوسائل المستحدثة الإلكترونية. وقد جـاء نـص

---

[1] طالع، عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1 منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،1998، ص 168،169.

[2] ينفي الأستاذ علي فيلالي هذا الطرح و يجزم بأن للمشرع تصور جديد بقوله بأن: " المشرع لم يأخذ لا بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يأخذ بما يسمى بالإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها... فلا تكون العبرة بالإرادة الباطنة كما يريدها صاحبها ، ولكن بالإرادة الباطنة التي يفهمها الغير، وهذا يتطلب ثقة متبادلة بين المتعاقدين والنية الحسنة لكل منهما". طالع، فيلالي علي، العقد، المرجع السابق، ص 80.

المادة 60 ق. م كالآتي: " التعبير عن الإرادة يتم باللفظ، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يتم باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.
و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان علـى أن يكون صريحا".

وتطابق الإرادتين حسب نصوص القانون المدني يكون بصدور إيجاب وهو عرض دقيق، محدد وبات يعقبه قبول يطابقه. فالإيجاب هو تعبير عن إرادة صـريحة وجازمـة يعرض فيه الموجب العناصر الأساسية والجوهرية للعقد، قصد ترتيب الأثر القانوني عند اقترانه بقبول من وجه إليه الإيجاب. و القبول تعبير بمختلف الطرق عن الموافقة للدخول في العملية التعاقدية، موافقة من المفروض أن تعبر عن الرضاء[1]. مع خصوصيات التعاقد بالأصالة أو بالنيابة.[2]

ثانيا: العقد المتوازن يتطلب أهلية المتعاقدين الكاملة

حتى تكون الإرادة كافية بمفردها لتحقيق التوازن في العقد وفق التصور الشخصي يجب أن تكون هذه الإرادة الحرة سليمة، ولن تكون كذلك إلا إذا صدرت من ذي أهليـة، وقد سلمت من العيوب التي تلحق برضاء المتعاقدين.

إن المقصود بالأهلية في نطاق دراسة صحة التراضي و كفايته في تحقيق التوازن في العقد؛ هي أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا تترتب عليه آثار قانونية. و هي قدرة الشخص على الإدراك والتمييز بين النافع من العقود التي يبرمها وبين الضار بمصلحة من مصالحه، بمعنى أن يكون أهلا للتعاقد. ونميز في هذا المجـال بين حالات ثلاث للأهلية: الأهلية الكاملة، الناقصة، والأهلية المنعدمة.

وطبقا لنصي المادتين 40 و 78 ق.م. فإن كل شخص أهل للتعاقـد وفـق الشـروط المنصوص عليها، ونورد النصين لكفاية دلالتهما على المقصود، فيما تعتبر تابعاتهما مـن

[1] أنظر، المواد: 65، 66،67 و 68 من القانون المدني.
[2] أنظر، المواد من المادة 73 إلى المادة 77 من القانون المدني.

قبيل التفصيل والشرح لما أجمل في هاتين المادتين، وهو تبيان لا بد منـه بعـد عـرض النصين

تنص المادة 40 من القانون المدني على أن: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعـا بقـواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

فيما تنص المادة78 ق.م " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعلـه ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون ".

فالأصل إذا هو أن يتعاقد الشخص وقد اكتملت أهليته ببلوغه سن الرشد الذي يؤهله لمباشرة كافة التصرفات القانونية مع تحمل نتائجها و آثارها، سواء كانت هذه التصرفات نافعة نفعا محضا أو ضارة، أو تلك التصرفات التي تحتمل الاغتناء أو الافتقار.

أما الشخص الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر، وهو الصبي غير المميز فلـيس أهـلا لمباشرة أي نوع من التصرفات المذكورة ولو كانت نافعة، والتعاقد معه في حكـم العـدم لوقوعه باطلا بطلانا مطلقا، لانعـدام الإرادة واحتجـاب التراضـي و فقـدان التـوازن بالضرورة في العقود المبرمة من طرف عديم التمييز. وهذا ما يؤكـد اهتمـام المشـرع باكتمال إرادة المتعاقد المحققة لركن التراضي من خلال المادة 42 من القـانون المـدني والتي نصت على أنه: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، من كان فاقد التمييز لصغر في السن..." و عزز هذا النص بثبوت بطلان تصرف الصبي عديم التمييز بالنص علـى ذلك في المادة 82 من قانون الأسرة والتي جاء فيها:" من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

و يتوسط الصنفين المذكورين الشخص المميز الذي يوصف بناقص الأهلية، فلا هـي بالكاملة فيطلق لها العنان في إبرام العقود جميعها، ولا هي بالمنعدمة فيحضر عليها ذلك. وفي نص المادة 83 ما يغني عن الشرح وقد نصت على: " من بلغ سن التمييز ولم يبلـغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانـت نافعـة لـه

وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر..."[1]

ومما تقدم نستشف الأهمية البالغة التي أولاها المشرع لسلامة الرضا من خلال تعرضه لحالات أهلية الأشخاص المتعاقدين وترتيب الأثر القانوني على كل حالة منها حسب تقدير سلامة الإرادة ومن ثم قدرتها على تحقيق الفائدة والنفع مدركة مميزة وقاصدة و جعل المشرع كجزاء على تخاف سلاطانها البطلان أو القابلية للإبطال حسب درجة الإدراك و أهلية المتعاقدين وهو ما يتماشى والتصور الشخصي المعتمد، وتحقيق التوازن في العقد الذي لا يكون إلا ضمن هذه الشروط وعي وتبصر وإدراك وتنور.

ثالثا: تحقيق التوازن في العقد هو نتيجة لحماية الرضاء

استند المشرع لتبرير نظرته الذاتية لالتزامات المتعاقدين، إلى قدرة الشخص على حماية مصالحه بنفسه، طالما كان مع نظيره في التعاقد على نفس القدر من المساواة و الحرية انطلاقا من أن الشخص السوي المريد أقدر على تحقيق العدل بمفرده دون الحاجة إلى مساعدة من الغير حتى و لو تمثل هذا الغير في إرادة المشرع، أو حماية القاضي، و على هذا الأساس اشترط المشرع سلامة الرضاء من العيوب للقول بصحته و من ثم الاعتداد به كافيا لتحقيق التوازن، بمعنى أن المشرع استهدف تحقيق التوازن في العقد بحمايته لإرادة طرفيه. فإلى جانب المساواة المجردة و الحرية الفردية عنصرا التوازن الظاهرين، استوجب التحقق مما خفي من سلامة التراضي وصحته، حتى تكتمل للإرادة كل مقومات القدرة على إحداث التوازن في العقد.

و من خلال هذا الطرح، سعى المشرع وفق نظرته الذاتية إلى الاعتداد بنظرية عيوب الرضاء، منطلقا من أن التوازن في العقد لا بد أن يمر عبر بوابة الرضاء الصحيح، فاعتمد على النظرية كآلية وقائية في مواجه الخلل المحتمل الوقوع، ومجابهة الراغبين في إحداثه، فاشترط وجوب سلامة الإرادة ليسلم بكفايتها لإحداث التوازن في

---

[1] يرى الأستاذ على فيلالي : ببطلان التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر بالنسبة للقاصر المميز، مستندا إلى النص الفرنسي للمادة 83 التي تشترط الإذن و هو الحل الأقرب لأحكام القانون المدني، خصوصا المادة 101 منه. طالع ، فيلالي علي، نظرية الحق، موفم للنشر و التوزيع، 2011، ص 213. و طالع في رأي مخالف الأستاذ جعفور محمد السعيد، المرجع السابق، ص 25 و 33.

العقد انطلاقا من الإرادة المعيبة لا يمكنها تحقيق مبتغاها من التعاقد من كونها تنصـرف إلى غير العقد الذي كانت تريده لو كانت سليمة. فالخلل في التوازن بين أداءات المتعاقدين نتيجة طبيعية للإرادة المعيبة التي أنشأت العقد؛ و على هذا الأساس فـإن الإرادة الحـرة المميزة القادرة على إحداث التوازن يجب أن تكون سليمة من عيوب التي تفسد الرضـاء وتحول دون وقوع التراضي اللازم و الكافي لإبرام العقد. فلا يعتد إلا بالرضاء الصحيح السليم الخالي من العيوب و التي سوف نذكرها تباعا.

1 ـ حماية الرضاء من عيب الغلط

الغلط هو ما يجعل الشخص ينصرف إلى إبرام عقد لم تتجه الإرادة إلـى إحداثـه نتيجة تصور واهم، فيندفع العاقد إلى إبرام العقد اندفاعا، نتيجة عيب في رضاه.

و قد فرق الفقه بين أنواع ثلاثة للغلط: أولها الغلط الذي يمنع انعقاد العقد مؤديا إلى بطلانه بطلانا مطلقا، لأن مثل هذا الغلط يعدم الرضاء أصلا. وغلط لا يؤثر في صـحة العقد فلا يعدمه ولا يعرضه للقابلية للإبطال، أما النوع الثالث للغلط فهو الذي يـؤثر فـي الرضاء فيعيبه دون أن يعدمه، ومن ثم يجعل العقد قابلا للإبطال.

وقد أخذ الفقه الحديث بالغلط الدافع للتعاقد، وجعل من المعيار معيارا شخصيا وهو مدى تأثر إرادة المتعاقد بالغلط ومدى قدرة هذا الغلط على النيل من سلامة الرضاء، وهذا يستدعي أن يتعرف القاضي على حقيقة الإرادة إذا ادعى أحد الطرفين وقوعه في غلـط مهما كان المظهر الخارجي للإرادة. و المشرع إذ يعتنق التصور الشخصي لا يحفـل إلا بالغلط الدافع وهو في نظره الغلط الجوهري الذي يعيب الرضا ولا يعدمه وقد تعرض له من خلال المواد من المادة 81 إلى المادة 85 من القانون المدني، ذاكرا مواصـفاته ثـم معددا لصوره مع أخذه بالنظرة المشتركة في تحديد الصفة الجوهرية للشيء، مقررا حـق من فسد رضاه نتيجة هذا الغلط أن يطالب بإبطال العقد الذي لا يعبر عن إرادته الحقيقية.

وقد جاء نص المادة 81 من القانون المدني كالآتي: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلـط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

و أرجع الاعتداد بالغلط الجوهري إذا كان مؤثرا، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان جسـيما في نظر المتعاقد الشيء الذي يوضح إخضاع مسألة "الجوهرية" إلى الشخص الواقع فـي الغلط و المتوهم لتلك الصفات الدافعة للتعاقد والمفسدة للرضا. و هو ما نصت عليه المادة

82 في فقرتها الأولى: " يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

و تجدر الإشارة كذلك إلى أن الغلط الجوهري الذي يعيب الرضا يستوي أن يقـع في صفة من صفات الشيء كمن يشتري تحفة على أنها أثرية، ثم يتبين أنها ليست كذلك. أو أن يقع في شخصية المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد، سـواء تنـاول الغلط ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وهذا ما نصت عليه الفقرتان الثانية و الثالثة مـن المادة 82 من القانون المدني : " ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع فـي صـفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية، إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السـبب الرئيسي في التعاقد".

والعبرة في تحديد الصفة الجوهرية للشيء، ليس بتلك الصفات التي يؤدي تخلفهـا إلى إخراج الشيء من نوع و إدخاله في نوع آخر، وإنما يتم هذا التحديـد علـى أسـاس شخصي أو ذاتي حيث تكون العبرة بالصفات التي دفعت المتعاقد إلى الاندفاع إلى إبـرام العقد. و هذا ما قررته الفقرة الثانية من المادة 82 من القانون المدني.

ويظهر أن المشرع يشترط لإبطال العقد أن يكون الغلط مشتركا بين الطرفين، أو على الأقل أن يكون أحد الطرفين واقعا في الغلط ويكون الثاني عالما بذلك. و فـي هـذا الصدد ينتقد البعض نص المادة 82 من القانون المدني، لأن المشرع وعلى عكس الفقـرة الأولى من المادة، اعتنق بموجب الفقرة الثانية، نظرية الغلط المشـترك. و هـذه الفقـرة الأخيرة تناقض تماما سابقتها حين اشترطت أن يكون المتعاقد الآخر مشتركا في الغلـط، ويعتقد أن الصفة التي كان المتعاقد الغالط يعتبرها جوهرية، كان هو يعتبرها كـذلك، أي أنه وقع في نفس الغلط. وهكذا يبدو لأصحاب هـذه النظـرة تذبـذب موقـف المشـرع الجزائري، وحيرته بين الأخذ بأي من النظريتين: فنجده تارة يأخذ بالغلط الفردي (المادة 1/82) وتارة أخرى نراه يعتنق نظرية الغلط المشترك (المادة 82 /2).[1]

غير أن هذه النظرة قد جانبت حقيقة ما قصده المشرع الجزائري، فنص المادة 82 بفقرتيه الأولى والثانية، يظهر منه لأول وهلة أنها تشترط أن يكون الغلط مشتركا أي وقع

[1] طالع في هذا الرأي، جعفور محمد السعيد، المرجع السابق، ص 37.

فيه كلا المتعاقدين، والحقيقة كما يرى الأستاذ فيلالي بحق أن الفقرة الأولى انصرفت إلى مقدار آثار الاعتقادات الخاطئة الواجب بلوغها حتى تعيب رضاء المتعاقد، في حـين أن الفقرة الثانية انصرفت إلى تحديد المقصود بالصفة الجوهرية، وهذا ما يجب أن يعبر عنه بالنظرة المشتركة للصفة الجوهرية من قبل المتعاقدين وليس بالغلط المشترك.[1]

والقول بأن المشرع الجزائري يعتد بالغلط المشترك مـرده تـأثر القـائلين بـه، بالمشرع المصري الذي نص صراحة على اشتراط الاشتراك في الغلط في المـادة 120 من القانون المدني: إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقـد، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع نفسه في هذا الغلط أو كان على علم به، أو كان مـن السـهل عليه أن يتبينه".

و هذه النظرة التي تشترط علم المتعاقد الآخر بالغلط لا تتفق مع الأخذ بنظريـة عيوب الإرادة، التي تعتمد على رضا المتعاقد ولا تشترط العلم بالعيب الذي قد يلحق رضا المتعاقد الآخر. وإن كان الغرض من هذا الاشتراط هو المحافظة على استقرار المعاملات فهو أمر غير مبرر لإمكانية تحقيق ذلك بآليات أخرى تتفق مع الأخذ بالتصور الشخصي والتوازن في العقود من خلال صحة التراضي.

كما أنه إذا أمكن إزالة آثار الغلط وإعادة التوازن في مضمون العقد بصورة تكفـل تحقيق الأغراض المقصودة من التعاقد، فليس مما يتفق وحسن النية أن يظل المتعاقد الذي وقع في غلط مصرا على التمسك بحقه في طلب إبطال العقد ما دام أن العاقد الآخر أظهر استعدادا لتنفيذه. و هو ما نصت عليه المادة 85 ق.م : " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقـد قصـد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

فالغلط المعيب للرضا هو غلط جوهري، جسيم ومؤثر يسمح لمـن وقـع فيـه أن يطلب إبطال العقد، حماية له وصونا لحقوقه، تحقيقا للمساواة الذاتية المجردة بين طرفـي العقد. وتماشيا مع هذا الطرح فان لمشرع لا يعتد بالغلط في القيمة، مما يـوحي بفكـرة التوازن في العقد، الذي لا يعنيه التعادل الفعلي بين أداءات المتعاقدين.

---

[1] طالع ، فيلالي علي، المرجع السابق، هامش 11، ص 163

وفي هذا الشأن يعقب الأستاذ علي فيلالي على من يعتد بالغلط الجـوهري، إذا كانـت هناك علاقة بين القيمة والصفة الجوهرية للشيء بقوله: " ولكن رغم منطقية هذه النتيجـة فإننا نشكك في صحة هذا الحل خاصة وأن المشرع لم يأخذ بالغبن كقاعدة عامـة تطبـق على كل العقود، ولم يهتم بالتفاوت الذي قد يوجد بين الالتزامات... وأن المتعاقد لا يستفيد من الحماية القانونية لمجرد أن التزاماته غير متعادلة... وهذا ما يجعلنا نتردد في الاعتداد بالغلط في القيمة ".[1]

لأن الغلط الواقع على قيمة الشيء لا يفسد العقد في الأساس،[2] لأنه لا يشكل سـببا للإبطال، إلا إذا اقترن الغلط في القيمة مع يعتبره المشرع غبنـا فـي الحـالات سـوف نتعرض إليها لاحقا.

2 ـ التصدي لعيب التدليس

التدليس هو تغليط المتعاقد، وذلك بتضليل مقصود يعيب إرادته ويدفعه إلـى الالتـزام بعد فساد رضاه. وهذا التداخل بين مفهومي الغلط و التدليس دفع الـبعض إلـى القـول بإمكانية الاستغناء عن التدليس والاقتصار على نظرية الغلط طالما يعتد بالغلط الدافع إلى التعاقد وعلى النقيض من ذلك هناك من يرافع من أجل الإبقاء على نظرية التدليس إلـى جانب نظرية الغلط.

ولقد نصت المادة 86 ق. م على أنه : " يجوز إبطال العقـد للتـدليس، إذا كانـت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لمـا أبـرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا، السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه مـا كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

---

[1] طالع ، فيلالي علي، المرجع السابق، ص 120

وهذا الرأي يتفق مع الفقه الفرنسي حيث لم يعر للغلط في القيمة أي اهتمام وفي ذلك يقول بلانيول: إن هذا الغلط لا يمكن اعتباره سببا لإبطال العقد، لأن ذلك من شأنه أن يعرض سلامة و أمن التجارة و استقرار العقود للخطر و الاضطراب". طالع: PLANIOL, MARSEL , traité élémentaire de droit civil, Paris.1949, P 77

مشار إليه في علي محي الدين ، المرجع السابق، ص 777.

[2] طالع، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 331.

ومهما يكن من أمر فإن المدلس يستعمل طرقا احتيالية تختلف باختلاف حالة العاقد المدلس عليه، وقد تكون هذه الحيل إيجابية كالكذب، وقد تكون سلبية كالكتمان أو السكوت العمدي، يشترط أن تكون كافية لتضليل المدلس عليه وتغليطه فيتعاقد بعد فساد رضاه منخدعا بالاحتيال عليه و الإيقاع به عمدا لأهداف مقصودة بطرق غير مشروعة.

و معيار التدليس معيار شخصي يقدر و يهتدى إليه بالنظر إلى شخص المتعاقد المدلس عليه وحالته النفسية من جنس وسن وثقافة وخبرة و ذكاء وفطنة.

و إذا ما توافرت شروط التدليس حق لمن فسد رضاه نتيجة لهذا العيب ـ ـ ـ وهو المدلس عليه ـ ـ ـ أن يحظى برعاية المشرع له وتمكينه من استدراك تغليطه باسترجاع ما أخذ منه مضللا. ولكن يقع عليه عبء إثبات التدليس وله ذلك بكل الطرق ومنها البينة والقرائن، لأن التدليس مجرد واقعة مادية، واستخلاصها مسألة موضوعية لا رقابة للمحكمة العليا عليها.

وعليه فإن تقرير حماية المتعاقد الذي شاب رضاه عيب التدليس بإعطائه حق إبطال العقد وإمكانية تعويضه عن الضرر الذي لحقه نتيجة التدليس، بالجمع بين وسيلتي الحماية أو الاكتفاء بإحدى الأداتين متى كان في الإمكان رفع الضرر بإحداهما. يجاري نظرة المشرع إلى التزامات المتعاقدين، فقد راعى في الابتداء سلامة الرضاء وكفايته لتحقيق التوازن في العقد وأعطى عند الاقتضاء حق إبطال العقد المختل توازنه نتيجة العملية التدليسية. مع إمكانية الإبقاء على العقد والحصول على التعويض إذا حقق ذلك منتهى الابتغاء. و المكنة الأخيرة هي الأقرب لإرادة المشرع الذي يهتم باستقرار المعاملات و أمن العقود كاهتمامه بتوازن أداءات المتعاقدين، فإذا كان التعويض الذي سوف يتلقاه المتعاقد المدلس عليه من شأنه أن يرجع للعقد توازنه، أو على الأقل يقضي على فحش التباين بين الأداءات الناتج عن عملية التدليس؛ فإنه من دواعي حسن النية أن يستمر المتعاقد المدلس عليه في العقد سيما و قد نال كل طرف حظه من العقد.

3 ـ مواجهة العقود المبرمة تحت الرهبة البينة

الإكراه المعيب للرضاء هو ما يبعث في نفس المتعاقد بغير وجه حق، رهبة بينة تجبره على التعاقد فيقبل ـ ـ ـ وقد فسد رضاه نتيجة تهديد مادي أو معنوي ـ ـ ـ ـ على إبرام العقد قسرا.

والفرق بين الإكراه وسائر عيوب الرضاء هو جهـل المتعاقـدين المغلطـين، أو المدلس عليهم بعدم سلامة رضاهم، بينما يعلم من استكره بذلك ويتعاقد بدون حريـة ولا اختيار.

وقد جاء نص المادة 88 من القانون المدني كالآتي: " يجوز إبطال العقد للإكـراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يـدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو في الجسم، أو الشرف، أو المال..."

وقد قسم الإكراه إلى إكراه مادي يوقعه المكره على جسم المتعاقد أو على جسم قريبه كالضرب وما يقوم مقامه من إكراه حسي، وإكراه أدبي معنوي وهو المتعلق بتهديد المكره بإلحاق الأذى، فتترتب بذلك حالة الخطر المحدق الذي يولد الخوف والرهبة مناط الاعتداد بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة، لأن الخوف المنبعث في نفس المتعاقـد هـو المفسـد للرضا لأنه يجعل الإرادة غير حرة وما تبرمه من عقود يعوزه كامل الاختيار.

ويجب ألا يكون الخطر الذي يهدد المكره بعيدا أو متراخي في الوقوع فهذا الخطر لا يحدث رهبة بينة في نفس المكره ولكن يشترط أن يكون هذا الخطر وشـيك الوقـوع أي محدقا بمعنى يتوقع حدوثه من لحظة إلى أخرى.

ومن شروط الإكراه المعتد به قانونا لإبطال العقد، أن يكون غير مشروع، و إلا كان العقد المبرم صحيحا، ما دامت الرهبة قائمة على حق.

و يشترط أن يكون الخطر جسيما، وتقدير جسامة الخطر أمر نسبي فما هو خطر جسيم في نظر شخص قد يكون أمرا هينا بالنسبة لآخر. و بالنسبة للمشرع فقد أخذ بمعيار ذاتي في تقديره لجسامة الخطر فالعبرة بالظروف الخاصة للمتعاقد ونفسيته من جنس وسن وضعف ومركز اجتماعي، لأن نفس درجة الخطر والتهديد يختلف وقعه و أثره باختلاف ظروف الأشخاص و حالاتهم.

و إلى هذا أشارت المادة 88 في فقرتها الثالثة من القانون المدني: "ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظـروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه."

و يتفق مع المعيار الذاتي المعتمد من طرف المشرع، أن تكون الرهبة و الخـوف الناجمين عن التهديد المنذر بالخطر، الباعث الدافع إلى التعاقد. بمعنى أن الخطر وحده لا يعتد به في الإكراه ما لم يولد رهبة في نفس المتعاقد، وهذه الرهبة لا يكون لها أثر ما لم تكن هي الدافع إلى التعاقد ولولاها لما أبرم العقد.

فالإرادة قد عيبت بأن استكرهت على إتيان عقد لا ترتضيه، و هو الإجبار الذي يعدم حرية الاختيار، وسلطان الرهبة البينة قد قضى على سلطان الإرادة، ما يؤدي إلى اختلال في موازين القوى بين أطراف العقد، فيفقد العقد توازنه، ويأتي المشرع للمحافظة على هذا التوازن بالنص على عيب الإكراه للتحذير العام، ثم مكنة قابلية العقد للإبطال كجزاء على السطو على حرية المتعاقد المكره.

الفرع الثاني: تجسيد العدالة العقدية من خلال الإرادة الفردية

إن أنصار مبدأ سلطان الإرادة يرون كفاية الإرادة وحـدها لإنشـاء التصـرفات القانونية وفي تحديد آثارها، لكونها قادرة على إحداث أثر قانوني دون حاجة إلى إجـراء شكلي، كما أنها قادرة على تحديد مضمون الالتزامات، دون الحاجة لأن يتدخل الغير في العملية التعاقدية من الإنشاء إلى التنفيذ، ولا يجوز النقض ولا التعديل إلا في حـدود مـا ارتضاه المتعاقدين واتفقوا عليه.

و إن الإرادة القادرة على تجسيد العدالة العقدية فضلا على تحقيق التوازن في العقد هي الإرادة المدركة لما تقرر والمميزة بين النافع والضار من المعاملات المالية، والقاصدة بعد ذلك لإنشاء العقود وترتيب الآثار، ولا يكون لها هـذا المقـام إلا بالحريـة والسـلامة و الإدراك.

و يكون لهذه الإرادة السلطان الأعظم بتمتعها بالقدرة على الالتقاء بمثيلتها مكانة، لتقريـر التعاقد بعد أن يوازن كل طرف بين الأداءات المقدمة والمصالح المرجو تحقيقها.

لأن أخذ الإرادة في الاعتبار يكون قائما على معيار شخصي وليس موضـوعي، والإرادة بتلك المواصفات التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد لا يمكن أن تخطـئ فـي تحقيـق التوازن العقدي، ومن ثم تجسيد العدالة العقدية، ومن ثم نقر بكفايتها في تحقيق التوازن.

أولا: الإرادة الحرة تحقق التوازن

إن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في صورته المطلقة، قد رتب عدة نتـائج علـى كـل المستويات خاصة في مجالي السياسة والاقتصاد، فلقد كان له الأثر البـالغ فـي إطـلاق الحريات الفردية والمناداة بالمساواة في الحقوق، وأتبعتهـا حريـة المنافسـة و حريـة الصناعة و التجارة.[1]

فلا يجوز أن تتم العلاقات العقدية بين هؤلاء الأفراد إلا من خلال الاتفاقات الإرادية. و هذا المبدأ للإرادة يقابل المبدأ الاقتصادي الشهير دعه يعمل دعه يمر، أي يكون التعاقد بلا عائق، عبر عنه البعض بـ: " دعه يتعاقد بل قيود".[2]

و تبلورت هذه الفلسفة حقوقيا بالدور الرئيسي الذي أعطي للإرادة الفرديـة التـي تتولى تنظيم العلاقات الاجتماعية، يحل القانون من خلالها محل إرادة الأطراف لاستكمال ما أقروه بكامل الحرية، كأضمن طريقة لتأمين الغائية الفردية.[3]

و نحاول إبراز دور هذه الإرادة الحرة السليمة في تحقيق التوازن المنشود وكفايتها لتحقيق ذلك، بالنظر إلى لما تحويه من خصائص تؤهلها للقيام بهذا الدور، و مـن هـذه الخصائص حريتها الضامنة للتوازن، و حريتها في الاشتراطات التعاقدية.

1 ـ حرية التعاقد ضامن للعدالة التعاقدية

العدالة التعاقدية في نطاق التصور الشخصي لا يمكن بلوغها كغايـة سـامية، إلا عبر ممر رئيس، ومبدأ هام هو حرية التعاقد، الذي يتيح للمتعاقدين دائـرة واسـعة مـن البدائل والاختيارات تسمح لهم بأن يوازنوا بين مصالحهم دون ضغط الحاجة، أو إجبـار سلطان إلا سلطان إراداتهم المندمجة في إرادة واحدة محققة للتراضي على جوهر العقد.

غير أنه يجب التسليم بحقيقة مفادها أن الحرية تقف عند حرية وحقوق الآخرين، و لا بد لعقد متوازن أن يأخذ هذا الواقع في الاعتبار فينبثق عنه التوافق الحر.[4]

و الأصل أن الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وهو إلى جانب ذلك حـر فـي اختيار المتعاقد الآخر. و العقد يفترض في الأصل إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر

---

[1] أنظر، المادة 37 من دستور 1996.

[2] طالع، سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 31.

[3] طالع، هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة سموحي فوق العادة، منشورات عويدات، لبنان، 1972، ص 84.

[4] طالع، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 118.

قانوني معين و بمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقـة التعاقديـة فالشخص لا يلزم في الأصل سوى بالعقود التي عقدها برضائه الحر السليم.

كما أنه للشخص أن يرفض التعاقد و ذلك لأنه يوازن بين مصالحه المختلفـة فقـد يرى أن من مصلحته عدم التعاقد فيحجم على ذلك. كما أن للشخص أن يختار بحرية من يتعاقد معه وهذا ما يعزز دور الإرادة في الموازنة بين المصالح، انطلاقا من الحريـة الفردية التي تطلق لصاحبها العنان في التعاقد من عدمه، وفي نوعيـة وشـكل وحـدود التعاقد، وكذا الأطراف الأخرى في العملية التعاقدية وانتقاء أفضلها تحقيقا للفائدة المرجوة من العقد و النفع الشخصي الذي يعود على الداخل في عملية التعاقد.

و مبدأ حرية التعاقد، وما يترتب عليه من حرية التفاوض وحريـة اختيـار المتعاقـد الآخر، مبدأ مطلق، ينبع إطلاقه من ذاتية المذهب المتأثر بروح الفردية القائمة على حرية المنافسة، التي تعني احتفاظ كل طرف بحريته في اختيار من يتعاقد معه حتى لحظة إبرام العقد، دون أن يحد من هذه الحرية المطلقة سبق السعي إلى التعاقد مع طرف آخر بعينه.

فالحرية هي الطريق إلى تحقيق المنافسة المشروعة الكاملة وضمان أكبـر نفـع مـن ورائها ولا تقييد هذه الحرية من خلال الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاق سابق على العقـد المنشود أو من خلال الاعتراف بالمسؤولية عن قطع المفاوضات أو الانسحاب منها.

2 ـ حرية الاشتراط استمرار وامتداد للحرية التعاقدية

وللمتعاقدين أن يشترطا ما يشاءان مـن الشـروط فـي العقـد لتحديـد الحقـوق والالتزامات بينهما. فالأصل حرية الاشتراط في العقود كمبدأ عـام، لأن المتعاقـد وفقـا للمذهب الشخصي يقدم على إبرام العقد وفق ما يتفق عليه مع الطرف الثاني فـي العقـد، فإذا رأيا الاشتراط كفيل بصون اتفاقهما، ويعزز رضاءهما على المعقود عليه، فلا منقصة من أن يشترط المتعاقدان ما من شأنه تحقيق ما يبتغيانه، في الحدود التي لا تتجـاوز مـا حضره القانون من شروط لأن حرية الاشتراط هي استمرار وامتداد للحرية التعاقدية.

و من الشروط التعاقدية ما يتقدم عن العقد فيتم الاتفاق عليها دون إدراجها في العقد فإذا كانت من المؤديات إلى إبرامه و ظهرت في جوهر العقد فهي من الشروط المعتد بها قانونا، و إن احتج بها وظهر أنها تخالف بنود العقد، فلا يعتد بها في إطـار مـا يعـرف بالاشتراطات التعاقدية الملزمة؛ بل تأخذ حكم الوعد بالتعاقد إذا استوفت أركانه.

ومن الشروط التعاقدية ما يأتي متأخرا عن العقد، فبعـد اسـتكمال العقـد ببنـوده و شروطه وما يستتبع ذلك من لزوم و نفاذ، يأتي المتعاقدان فيشترطان أمرا زائـدا عـن العقد. ويذهب البعض إلى التحاق الشرط المتأخر بالعقد قبل لزومه، وعدم التحاقه بـه إذا كان بعد لزومه.[1] غير أنه لا يوجد في القانون ما يمنع المتعاقدان من الاشتراط بعد انعقاد العقد و نفاذه مع تقييد هذه الحرية باتفاق الطرفين على هذه الاشتراطات قليلهـا و كثيرها، وهو ما يتفق مع نص المادة 106 من القانون المدني و لا يعارضه، فـإذا جـاز الاتفاق على تعديل العقد و إنهاءه؛ فمن باب أولى القول بجواز الاتفاق على اشـتراطات لاحقة عن العقد، طالما كانت نابعة من الإرادة المشتركة للمتعاقدين. أما الاشتراط المتأخر عن العقد من جانب واحد فلا يعتد به إلا إذا كان أمرا زائدا يتفق مع مقتضى العقـد و لا يؤثر في التزامات المتعاقدين بالزيادة أو النقصان، بمعنى ألا يكون لهـذا الشـرط قـوة التعديل و النقض، و إلا ألغي الشرط و بقي العقد نافذا و ملزما للمشترط رغم احتجاجه بالاشتراط اللاحق لأنه غير ملزم للمتعاقد الآخر، فليس له من سند قانوني يثبت إدعاءه.

و من الاشتراطات التعاقدية التي يقرها الفقه و القانون هي الشروط المقترنة بالعقد وهي الشروط المشروعة المعاصرة لإبرام العقد، يتفق عليها المتعاقدان، فتقيد حريتهما في الاستفادة من مغانم العقد، و ترسم بذلك حدود المصالح المرجو تحقيقها بما يراه الطرفـان مناسبا لالتزاماتهما التعاقدية.

" فالشرط المقترن بالعقد هو ذلك الشرط الذي يجعله المتعاقدان بمحض إرادتهمـا في العقد أثناء إبرامهما له، فهو شرط مصاحب و مقارن له ليكمل المسبب فيـه، وذلـك بتقيدهما بأمر زائد فيه للوصول إلى تحقيق المصالح و المنافع المتبادلة".[2]

ومن الشروط والاتفاقات التي يمكن للمتعاقدين أن يضمنوها عقـودهم، الاتفـاق المسبق على فسخ العقد دون اللجوء للقاضي، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 120 من القانون المدني وقد جاء فيها: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القـانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة

---

[1] طالع، لمطاعي نور الدين، الشروط المقترنة بالعقد، دراسة مقارنة، ماجستير، الجزائر، 1996، ص 72.

[2] طالع، لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص 74.

إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عـدم تحديده من طرف المتعاقدين."

والفسخ الاتفاقي يختلف عن الشرط الفاسخ الذي يعمله أحد المتعاقدين حال حـدوث الواقعة المستقبلية، وإنما الفسخ هنا يقع في العقود الملزمة للجانبين عندما لا ينفذ أحـدهما الالتزام المتفق عليه، أما إذا حان الأجل وأعذر المدين بوجوب التنفيذ، فلهذا الأخير الحق في الخيار بين التمسك بتنفيذ العقد، أو اختيار الطريق الثاني المتفق عليه وهو فسخ العقد.

ومن بين الاتفاقات التي يمكن للمتعاقدين أن يشترطوها بكامل الحرية الاتفاق على قيمة التعويض وهو ما يعرف بالشرط الجزائي الذي تعرض له المشرع ونظمه بموجـب المواد 183 184، 185، 187.

فقد نصت المادة 183 على أنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة المواد 176 إلى 181."

و رغم هذه الحرية في الاشتراط إلا أن المشرع قد قيدها بما يحد مـن التطـرف والمغالاة في مبلغ التعويض، وكذا التصدي لسوء نية الدائن وغش المدين.[1]

ومن الشروط أيضا شرط الإعفاء من المسؤولية، فقد نصت المادة 178 في فقرتها الثانية على: " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عـدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ من غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمـدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمه في تنفيذ التزامه..."

و إذا جاز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فمن باب أولى جواز الاتفاق علـى تعديل المسؤولية بالإنقاص أو الزيادة، أو الإسقاط.

وهذا ما جاء به نص المادة 1/377: " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه..."

كما للمتعاقدين أن يتفقا على اشتراط تشديد الضمان واشتراط تخفيفه وهـو نـص المادة 354 من القانون المدني: " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيـدا فـي

[1] أنظر، المواد 184، 185، 187 من القانون المدني

الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه."

ثانيا: قدرة الإرادة على إنشاء العقد

إن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن يكون للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضـمون العقد بمعنى أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد.

فلا ينشأ العقد إلا إذا التقت إرادة بإرادة أخرى تشاركها في اتجاهها إلى ترتيب أثر من الآثار القانونية، ولهذا نقول إن العقد اتجاه إرادي مشترك إذ أنه يلزم لوجوده أن تشـترك إرادة طرفين أو أكثر في نفس الاتجاه. وعند اتحادهما تنشأ الإرادة التعاقدية فالذي ينشـئ العقد إنما هو التراضي على ترتيب نفس الآثار القانونية التي اتجهـت إليهـا كـل مـن الإرادتين.[1]

ويتفرع عن مبدأ الحرية التعاقدية مبدأ الرضائية وما يترتب عنه من اعتبار الإرادة أساسا للقوة الملزمة للعقد، ويعني هذا المبدأ أن العقد يتكون بمجرد تبـادل الإرادات دون حاجة إلى أي نوع من أنواع الشكلية.

فالإرادة لن تكون حرة ولن تحتفظ بقوتها وفاعليتها في إنشاء الالتـزام إذا تعطلـت آثارها بسبب الاحتياج إلى إفراغها في قالب أو في شكل معين.

وهذا هو الجاري العمل به في القانون المدني، إذ الأصل هو رضائية العقود وما الشكلية إلا استثناء تقتضيه ضرورة المعاملة وخصوصية العقد في حد ذاته.[2]

غير أن هذا المبدأ ليس من النظام العام فيجوز لطرفي العقد أن يتفقا على أن لا ينشأ العقد بينهما إلا إذا أفرغ في شكل خاص كتدوينه في ورقة خاصـة، فيكـون العقـد رضائيا أصلا إلا أنه صار شكليا بالاتفاق عليه فيطلق عليها شكلية اتفاقية تمييزا لها عن الشكلية المفروضة بحكم القانون .

---

[1] طالع ، أنور سلطان، مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص 56 ، و حمدي محمد إسماعيل سلاطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 32، و عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1953، ص 39

[2] فالأصل هو مبدأ الرضائية في العقود وهو ما أكدته المادة 59 السالفة الذكر، إلا أن هناك من العقود ما يستلزم الشكلية في انعقادها باعتبارها ركن في العقد، نذكر منها على سبيل المثال عقد الشركة المادة 418 وعقد الرهن الرسمي وما قررته بشأنه المادة 883 من القانون المدني، وتخلف الشكلية في هذه العقود يؤدي إلى بطلانها بطلانا مطلقا.

و إذ نفرق بين العقد الرضائي بمختلف الطرق المعبر بها عنه، وبين العقد الشـكلي بالاتفاق أو بنص القانون في حالات استثنائية، نشير إلى أن هناك من العقود مـا يتطلـب الكتابة التي يكون الغرض منها الإثبات وليست ركنا من أركان الانعقاد، وبالتـالي فـإن تخلفها لا يؤثر في إنشاء هذه العقود التي يكفيها التراضي الذي يعبر عن حرية الإرادة.

والقول بكفاية التراضي لإبرام العقد، يؤكد قدرة الإرادة على إنشاء العقد، أما قدرة الإرادة على تحديد مضمون العقد فتتمثل في حرية المتعاقدين فيما ينشئونه من عقود وعدد العقود و أنواعها التي تبرم في الحياة العملية التي لا تخضع لتحديد ولا لتعديد.

وما دامت الإرادة في ظل هذا المذهب المقررة للشروط والمطلقة للبنود، فلا يضرها أو ينقص من شأن سلطانها ما يرد في القانون المدني من القواعد الاحتياطيـة المنظمـة و المكملة لهذه الإرادة، تهتدي بها و تسترشد وترجع إليها حال الاختلاف حول بنود العقد.

كما أن دور الإرادة في تحديد مضمون العقد يتجلى أيضا في استبعاد أي عنصـر أجنبي عن الإرادة عندما يقوم القاضي بتقدير صحة عقد ما فما أراده المتعاقدان هو وحده الذي يلزمهم.

ثالثا: قدرة الإرادة على تحديد آثار العقد

إذا كان الأفراد أحرارا في إبرام العقد و تحديد شروطه، فالسبب في ذلك أنهم وحدهم الذين يلتزمون به وبناء على ذلك سيتم التطرق إلى القوة الملزمة للعقد، ومبدأ الأثر النسبي للعقد باعتبارهما انعكاسا لمبدأ سلطان الإرادة في نطاق آثار العقد.

1 ـ قوة العقد الملزمة

تعني القوة الملزمة للعقد أن ما اتفق عليه المتعاقدان بمحض إرادتيهما يلزمهما تبعا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يمكن لإرادة غير إرادة العاقدين أن تتدخل في تعـديل أي عنصر من عناصر العقد المبرم صحيحا.

و لم يشذ المشرع عن التشريعات الحديثة التي أقرت القاعدة وعملت بها، فنص عليهـا بموجب المادة 106 من القانون المدني والتي جاء فيها: " العقد شريعة المتعاقـدين، فـلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".

وتقتضي هذه القاعدة أيضا أن يلتزم المتعاقدان بما جاء في العقد ولا يلتزمان إلا بـه فالعقد في قوته الملزمة يساوي القانون في قوته الملزمة، ويطبقه القاضي علـى طرفيـه

كتطبيقه للقانون. ومن هذا المعنى يتوجب على كل طرف تنفيذ ما يترتب في ذمته مـن الالتزامات الناتجة عن العقد، وإلا كان مسؤولا عن إخلاله بتنفيذ العقد.

ومن المآخذ ومثالب الرضائية أنها تجر المتعاقدين قسرا إلى تأويل عبارات العقـد إذا كانت غير دقيقة بالشكل الذي لا يمكن الاختلاف حول وجوب فك غموضها بـاللجوء إلى طرف ثالث من غير المتعاقدين وهو القاضي قصد توضيح العبارات المبهمة، أو التي تحتمل دلالات ومعاني متعددة و ثم تأويل العقد تأويل العقد.

وقد نصت المادة 111 من القانون المدني على أنه: " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشـتركة للمتعاقـدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغـي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

و في الحقيقة إن القول بمحاسن الشكلية ونقد الرضائية الدافعة إلى تأويل العقد من طرف القاضي ـ ـ ـ وهو تدخل غير مرغوب فيه ـ ـ ـ ـ قول مردود ، لأن الخلل لا يتعلق بالمبدأ وإنما بحسن تطبيقه وكمال اعتناقه. لأن التفسير يبحث عـن الإرادة ومـا انصرفت إليه وهو الأمر الذي لا يمكن لأحد ضبطه أو تحديد مـداه. زيـادة علـى أن القاضي حين يؤول العقد لا يغفل هذه الإرادة إذ يهتدي بالنية المشتركة للمتعاقدين وطبيعة تعاملهم.

أما تحديد نطاق العقد، فهو بيان الالتزامات التي تترتب على العقد في ذمة كل مـن المتعاقدين، وذلك بإضافة ما هو من مستلزماته. و هذا العمل لا يتعارض البتة مـع إرادة المتعاقدين، لأن الإضافة المستحدثة إلى العقد قد ارتضاها المتعاقدان، إلا أنهما أغفلاهـا. لأن الأصل أن يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية، دون تحديد المسائل التفصيلية.

2 ـ نفاذ العقد و نسبية آثاره:

إن العقد الصحيح يصبح نافذا في حق الغير يستوجب علـى الجميـع احترامـه، ولا يتسنى لأي كان تجاهله، بوصفه واقعة قانونية يمكن أن تكون حجة للمتعاقدين في مواجهة

الغير كما يمكن أن تكون حجة عليهما، و إن كان هذا العقد لا يحمل الغير التزامـات إلا أنه يحتم على غير المتعاقدين احترامه وهو ما يعرف بمبدأ نفاذ العقد.[1]

و مبدأ نفاذ العقد يظهر خاصة في العقود التي تنشئ حقوقا عينية، بحيث يكون هذا العقد حجة على المتعاقدين وفي مواجهة الجميع، وهو لا يكون كذلك إلا باتباع إجـراءات شكلية ضرورية لضمان ذلك ومن هذه الإجراءات الشهر، والقيد والتسجيل.

و قد أشار المشرع إلى نفاذ العقد حال تعرضه إلى نفاذ التصرف من عدمه، و ذلك في حق الدائن في رفع دعوى عدم نفاذ تصرف المدين الضارة بالدائن، وذلك بالإنقـاص من حقوق المدين أو الزيادة في الالتزامات، مما يجعل وفاءه بالدين الذي عليه عسيرا.[2]

والعقد الصحيح لا تنصرف آثاره من حقوق والتزامات إلا إلى المتعاقدين دون غيرهما وهو ما أصطلح عليه فقها بالأثر النسبي للعقد.[3]

و يتضمن المبدأ بعدا أخلاقيا يكمن في عدم إجبار الغير على أمـر لا يرتضـيه أو لا يعرفه أو لم يناقشه وبعبارة واحدة بما لا يعبر عن إرادته فيه بشـكل واضـح وصـريح وبحرية تامة، وإلا أعتبر هذا الفرض عند حصوله بمثابة إكراه للغير، لأن الفرض هنـا يشكل إجبارا لإرادة الغير وبالتالي إكراها له للالتزام بما التزم به غيره ولا يمـت إلـى إرادته الحرة بصلة.[4]

فالأصل أن العقد لا يلزم إلا عاقديه، وتنصرف آثاره إليهما دون غيرهمـا، لكـن القانون قد قرر انصراف آثار هذا العقد إلى من يخلف الشخص في كل حقوقه أو جـزء منها وهو ما اصطلح عليه بالخلف العام وهم الورثة والموصى لهم بجزء من التركة.

وقد جاء في نص المادة 108 من القانون المدني ما يلي: " ينصرف العقـد إلـى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

---

[1] طالع في تفصيل ذلك، محمدي سليمان، نفاذ العقد، دكتوراه، الجزائر، 2004.

[2] أنظر، المادة: 191 و المادة 197 من القانون المدني.

[3] طالع ، محمدي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، الجزائر، 1993.

[4] طالع، مارغريت نقولا انطوان ماروديس، العنصر الأخلاقي في العقد، مكتبة صادر ناشرون، لبنان،2006، ص 146.

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ سليمان محمدي: " فمركز السلف ينتقل إلى الخلف العام وكل الفقه الفرنسي متفق اليوم على أن الخلف العام يعتبر متعاقد أو له صفة المتعاقد فقاعدة نفاذ العقد تمتزج مع قاعدة نسبية العقد بالنسبة للخلف العام ما دام ملزما بالتزامات السلف وفي مركزه".[1] و هناك من يرى أن للوارث حق شخصي ولا يحل محل السلف ولا يعتبره بالتالي خلفا عاما ولا تنصرف آثار العقد إليه كنتيجة حتمية.[2]

وإذا كان الورثة في القانون الجزائري لا يلتزمون بالتزامات مورثهم ولا يعتبرون في مركز السلف إذا تعلق الأمر بتسديد ديون مورثهم، لأن ذلك لا يكون إلا في حدود ما خلفه السلف من أموال، دون أدنى مسؤولية أو جزاء على امتناعهم. فلا يتلقون حقوقا إلا في حدود " لا تركة إلا بعد سداد الديون"، ولا يلتزمون بالتزامات مورثهم إلا في حدود الجانب الأخلاقي الذي يملي على الخلف الوفاء بهذه الالتزامات امتثالا لتعاليم الإسلام والتي تحث على تسديد ديون الميت لما في ذلك من أجر، بتخليصه من العذاب. فلا يعقل أن يترك الورثة مورثهم يتأذى بعدم الوفاء بما قطعه من تعهدات طالما كان باستطاعتهم قضاء ما كان عليه من ديون يسيرها وعظيمها. مما يعني أن للوارث حق شخصي و لا يحل محل السلف، إلا في حدود ما يخلفه في الحقوق، فهو خلف عام من نوع فريد وهو ما يتوافق مع المادة 108 من القانون المدني والمادة 180 من قانون الأسرة.

كما تنتقل آثار العقد للخلف الخاص، وهم كل من يتلقى عن السلف حقا عينيا أو شخصيا ويخلفه فيه بشرط أن يكون ما تلقاه الخلف الخاص من حقوق و واجبات من مستلزمات الشيء، زيادة على علمه بهذه الحقوق و الالتزامات[3].

و من تطبيقات مبدأ الأثر النسبي للعقد حالة التعهد على الغير.[4] وتنصرف آثار العقد إلى غير المتعاقدين، في حالة الاشتراط لمصلحة الغير.[5] فالعاقدان هما اللذان يلتزمان بالعقد وتظهر آثاره بالنسبة لغيرهما، وهذه الحالة تعتبر استثناء من مبدأ نسبية العقد.

---

[1] طالع، محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر في مركز الخلف العام، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية، عدد 1 سنة 2009، ص 479.

[2] طالع، فيلالي علي المرجع السابق، ص325.

[3] أنظر، المادة: 109 من القانون المدني.

[4] أنظر، المادة 114 من القانون المدني.

[5] أنظر، لمادة: 116 من القانون المدني.

و في ظل التطورات الحديثة التي طرأت على نظرية العقد، فإنه قد حدث تراجـع بالنسبة لمبدأ الأثر النسبي للعقد، فبات انصراف آثار العقد إلى الغير أمرا واردا بإكسابهم الحقوق وإلزامهم بواجبات وان لم يشاركوا بإرادتهم في هذه العقود. و هو شأن الاتفاقـات الجماعية في عقود العمل وغيرها خاصة في القطاع الاقتصادي، وكـذا الشـأن بالنسـبة للعقود المتتابعة التي يشارك فيها المنتج والبائع والموزع و الناقل.

المطلب الثالث : توازن العقد تعكسه المساواة المجردة

بعد التعرض لماهية الإرادة الكفيلة بإحداث التوازن في العقد بمجرد تراضيها مـع إرادة تكافئها قوة وإدراك، وتماثلها وعي وتبصر، وتطابقها قدرة على ترتيب الآثار، سيتم تبيان أصل آخر من أصول التصور الشخصي التي أخذ بها المشرع عند اعتداده بفكـرة توازن العقد من خلال صحة التراضي، وهذا الأصل هو توازن العقد من خلال المساواة المجردة.

و وفق نفس التصور للمساواة تكون العبرة بالمساواة المجردة دون الحقيقية للأطراف (الفرع الأول)، و يكون الاعتداد بالقيمة الشخصية للمعقود عليه (الفـرع الثـاني) و يستبعد التفاوت المادي كمعيار للتوازن في العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: العبرة بالمساواة المجردة

ففي ظل التصور الذاتي يعتد أيما اعتداد بالإرادة الحرة السليمة في تحقيق المساواة. و يكتفى في هذا الصدد بالتعادل الذي ارتضاه الطرفان المتعاقدان. وهي مساواة مجـردة من كل قياس مادي.

وعلى هذا القصد يجب تحديد مدلول المساواة المجردة التي ترجح القيمة الشخصية للمعقود عليه، على التكافؤ المادي لأداءات المتعاقدين.

أولا: تقاطع فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي مع نظرية المساواة المجردة

يرى فقهاء القانون و من قبلهم من فلاسفة أن المساواة هي الترجمة الحقيقية و التعبير الواقعي للعدالة، فهي ترجمة محددة لفكرة مجردة. فبوجود المساواة بين الأفـراد يمكننـا الحديث عن العدالة كغاية مثلى للقانون، وفي غياب المساواة تنمحي جميع صور العدالـة. ولذلك تعتبر المساواة روح العدالة، لأنها تستمد قوتها من القانون و تبحث عـن مكانتهـا وتمركزها بتطلعها للعدالة.

و ما دامت العدالة هي هدف القانون يسعى إلى إدراكها، فلا ريب أن المشـرع قصـد بأحكامه بلوغها وذلك بربط مختلف نصوصه بالقيم الأخلاقية السامية و المبادئ الخالـدة، تطلبا للعدالة عن طريق المساواة و هو ما تعكسه نظرته إلى التزامات المتعاقدين.

فالمشرع وفق نظرته الذاتية وتصوره الشخصي لأداءات المتعاقدين قد اهتم بالمساواة ولكن هذه المساواة ـ ـ ـ ـ و إن كانت من صور العدالة ـ ـ ـ ـ إلا أنها مساواة مجردة كانعكاس لعدالة مجردة.

لأن القانون يضمن الإطار العام الذي في ظله تتزايد الحريات بالحد من حرية الاعتداء على مصالح الأفراد، وهو بذلك يوجههم إلى الانتفاع من التعاقدات المتنوعة بالحرية التي يضبطها تقابل الإرادات المتساوية.

فإطلاق العنان للإرادة في أن تتعاقد كيف ما تشاء و مع من تشـاء، وحريتهـا فـي الاتفاق والاشتراط، لا بد أن تصطدم بإرادة لها نفس المقومات النابعة من نفس الحقوق التي كفلها القانون. و في لحظة التقاء المشيئتين لا بد أن يحدث شيء من التنـازل عـن بعض الغايات التعاقدية المزمع تحقيقها قبل تعبير كلا المتعاقدين عن إرادتيهما، إيجابـا أو قبولا. و هذا التنازل المتبادل عن تراض واختيار بحرية و استقلالية الطرفين من شـأنه أن يحقق التوازن الذي قصده طرفاه، توازن ينطلق من المسـاواة المجـردة. " و يقصـد بالتعادل المجرد المساواة أو التعادل المجسد في هيكل علاقة التبادل القانونية ذاتها والتـي تبرز من خلال ثلاثة أمور: مساواة المتعاقدين، ومحل التبادل ، وكيفية التبادل" .[1]

فمن العدل استعار أنصار التصور الشخصي فكرة المساواة المجردة التي تنطلق مـن أن الشخص صاحب الإرادة التي عددنا مناقبها سابقا لا يعجزه تحقيق المصـالح بالقـدر الذي يشاء وبالمنظور الذي يريد. فهي حرة في تقرير المساواة من الزاوية التـي يـرى الشخص ذاته العدل الذي أساسه التراضي.

فالإرادة بتلك الميزات الفذة بمقدورها تحقيق المساواة، و المساواة في هذا الإطـار لا تتمثل في العدل التبادلي أو ما يعرف بالعدل الخاص لتعلقه بمعاملات الأشخاص بعضـهم ببعض و تتميز عن العدل التوزيعي وهو توزيـع نسـبي، حسـب مراكـز الأشـخاص ومستوياتهم. وإنما هو عدل التعاقد الإرادي الذي ينطلق من مساواة المشيئتين القانونية.

---

[1] طالع، فيلالي علي، العقد، مرجع سابق ، ص 146، هامش 2 .

ثانيا: العبرة بالقيمة الشخصية للمعقود عليه

سبق الذكر، أن للإرادة التأثير الأوحد في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فكمـا أن إنشاء العقود يرجع للإرادة الحرة، كذلك الآثار التي تترتب على العقـد تنشـئها هـذه الإرادة. فكل ما ارتضاه المتعاقدان يكون صحيحا، واجب الوفاء، و لو كان فيه غبن، ولا عبرة بالتعادل بين المتعاقدين فيما يغنمانه ويغرمانه بسبب العقد، و إنما العبـرة بسـلامة وحرية الإرادة التي أنشأت الالتزامات.

وعلى هذا الأساس تكون العبرة بالقيمة الشخصية للمعقود عليه، بغض النظـر عـن التفاوت الذي ينظر إليه الغير عن العقد، طالما تراضى الطرفان على القيمة المادية لمحل العقد، وقدم كل منهما أداء يراه معادلا لما حصل عليه بموجب نفس العقد.

وانطلاقا من مقولة الأستاذ فوي " إن كل ما هو تعاقدي يكون عادلا "[1] فالشخص لا يرتضي إلا ما يكون في صالحه، أي ما يكون عادلا، وكما يقول كانط: "عندما يقرر أحـد شيئا في مواجهة آخر، فمن الممكن أن ينطوي على بعض عدم العدالة، ولكن عدم العدالة يكون مستحيلا حينما يقرر الشخص لنفسه"[2]. كما هو الحال في العقد، فإذا كـان العقـد يخلق قواعد سلوكية قانونية، فإن تلك القواعد هي الأكثر عدالة، لأنها القواعد الناجمة عن محض الإرادة والمقبولة من منشئيها.[3]

والقواعد المنظمة للعلاقة العقدية لا تتأتى من مصدر خارجي، بل المتعاقدون هـم صناعها، ليست غريبة عنهم، وتتوافق مع تطلعاتهم، وتطبيقها، أو الدعوة إلى الالتزام بها لا يشكل إخلالا بتوقعات من تخاطبه. فكما أن القاعدة القانونية العادية هـي نتـاج إرادة المجتمع المجسدة في السلطة التشريعية، فهي تتأتى من داخل المجتمع.[4]

---

[1]A. FOUILLEE: La science sociale contemporaine, Paris, 1880, P. 410.

[2]E.KANT: Doctrine du Driot, Traduction Barni, Paris, 1889, P. 169.

[3]PROUBIER: Theorie generale du droit, Paris, Sirey, 1951, P. 263.

[4]J.DARBELLAY: La regle juridique, son fondement moral et social, ed. De l'oeuver st-Augustin, st-Maurice, Fribourg, 1945, p.76.

أشار إلى المراجع أعلاه الأستاذ سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني ط1987،1، ص125 ومابعدها.

وبما أن القاعدة الاتفاقية تعتبر نتاج إرادة المتعاقدين، فهي تتأتى من داخـل هـؤلاء وبالتالي فهي لا تخل بتوقعاتهم، بل تعمل على احترام حقوقهم المتولدة من العقد، وتحقيق التعاون بينهم، وهي من ثم تكفل التسليم بفكرة توازن العقد من خلال صـحة التراضـي، انطلاقا من فكرة المساواة المجردة. فالعقد هو العدل، و لا يتصـور بداهـة أن يتعاقـد شخص سلم رضاه، إلا لتحقيق منفعة وجلب فائدة، غير أن المنفعة والفائـدة والمصـلحة ينظر إليها في إطار المذهب الشخصي بمنظور ما يتناسب مع فكرة التعادل المجرد.

وعند تسليمنا بأن التوازن المادي يعنى بأداءات الأطراف التي يجب أن تكون متكافئة إلى درجة التعادل انطلاقا من فكرة الثمن العدل، وهو أمر الصعب تحققه لأنـه لا توجـد معايير تمكننا من تحديده، وهو ما يدعونا لنسلم في المقابل بتوازن العقد من خلال صحة التراضي النابع من إرادة الأطراف ومشيئتهم. لأنه من الممكن تـرك أطـراف العقـد، يقررون وجود هذا التوازن لكفاية المساواة المجردة في تحقيق ذلك.

فمادام المتعاقدان على هذا القدر من المساواة فـلا يحتاجـان لحمايـة القانون، الذي لا يتدخل إلا ليكمل مشيئتهما فـي إتمـام عقـد أراده الأسـوياء أحـرارا ومختارين، يستوي في ذلك أكان المقابل عادلا أو مجحفا في نظر الغير، لأن كل مقابـل في ـ ظل هذا المذهب ـ مقابل عادل باعتباره أثر للمساواة المجردة.

الفرع الثاني : عدم الاعتداد بالخيارات والشروط التي تضمن الرجوع في العقد

في ظل المذهب الفردي يكون من نافلة القول عدم احتفاء أصحاب النظرة الشخصـية بتحقيق التوازن الاقتصادي أو المادي في العقود التي يبرمها الأشخاص، ومـن ذلـك لا يمكن التصور بداهة تضمين الأطراف في عقودهم شروط تضمن إعـادة التـوازن إلـى العقود متى اختلت بسبب ظرف طارئ، أو حادثة مستجدة، أو نوازل عاذرة، فالشروط ما ارتضاها الأطراف و اتفقا عليها، و لا تعديل لما هو عادل في نظر المتعاقدين أنفسهم، و لا رجوع في عقد تساوت فيه الإرادات الباحثة عن تحقيق المصالح المتعارضة، بالكيفيـة التي ترى بأن العقد في نظرها يبدو متوازنا في ظل الشـروط المتفـق عليهـا و بـنفس الأداءات الملتزم بتقديمها، وإلا سوف يكون هناك تناقض بين المبدأ ووسيلة تطبيقه.

و يجب في هذا المجال عدم الخلط بين حرية الاشتراط، التي تعد من ركائز التصـور الذاتي والشروط الضامنة لإعادة التوازن للعقد نتيجة ضعف أو ظرف، و التي تعتبـر - وفق نفس المذهب - قيودا كابحة للحرية التعاقدية، و التي لا يجب أن يحـدها حـد، ولا يثنيها قيد. هاته الشروط التي تسمح لإعادة التوازن للعقد المختل توازنه، إذا كان مقـدار الذي أعطاه أحد المتعاقدين، لا يتناسب ماليا مع القيمة أو الأداء الذي يقدمه الطرف الآخر تحقيقا للثمن العدل، بسبب عدم التروي أو في غياب العلم الكافي بالمعقود عليه وعادة مـا تقرن هذه الشروط بخيار الرجوع في العقد.

وخيار الرجوع يفترض عقدا سبق إبرامه باتفاق وتلاقي إرادتي طرفيه، ثم تأتي إرادة أحدهما فقط لتهدم ذلك العقد الذي هو ترابط وإتحاد إرادتـين ولـيس إرادة واحـدة. و الاختيار الذي يتضمنه " الخيار " لا يتكون من مجرد إمكانية التصرف أو عدم التصرف، فالخيار هنا يقصد به حرية الاختيار بمعناه العام. فهو إباحة مقيدة ومقصورة على الاختيار بين عدة خيارات وبدائل محددة .[1]

و هذه الخيارات.[2] التي يعتد بها فقهاء الشريعة الإسلامية، يقصد من خلالها تمكين المتعاقد من الرجوع في عقد أبرمه وهو سليم الإرادة قـوي الإدراك، إلا أنـه يمكـن أن يتضرر من تنفيذ هذا العقد النافذ في حقه، بكونه عقد صحيح مستكمل لأركانه غيـر أنـه عقد غير لازم أبيح الرجوع فيه. و هو ما من شأنه أن يضمن توازن العقد المـالي، فـي حالة ما إذا استعمل المتعاقد رخصة الرجوع في العقد، وهي مكنة جديرة بالاهتمام.[3]

و من هذه الخيارات ما يرجع ثبوته إلى اشتراط العاقد، إذا كان على شك من كون العقد في مصلحته أوفي غير مصلحته، فيريد فترة للتروي وإمعان النظر في الموضـوع حتى يتم له العلم الصحيح بمغانم العقد و مغارمه، وهذا هو خيار الشرط. و منها ما يرجع إلى تقرير الشارع نفسه، وهذا هو خيار العيب، إذا تبين للمتعاقد أن بالمعقود عليه عيبا لم

---

[1] طالع، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 159 و 201.

[2] طالع ، محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني، دار هومة، الجزائر 1998، ص 10، أنظر في تفصيل ذالك، وإبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

[3] هي كذلك لأن التوازن وإن روعي بنظرة ذاتية، لا يجب وأن نضيق على المتعاقدين بالحسم النهائي في عدم إمكانية الرجوع في العقد، وإلا أصبح الأمر أكثر مشقة، وبالتالي يصبح الإنسان عبدا لعقده، بسبب مناداته بحرية إرادته.

يكن موجودا به عند التعاقد. و خيار الرؤية إذا تعاقد الشخص على شيء لم يكن قـد رآه من قبل.

وبينما يسرف بعض الفقهاء في إطلاق الاشتراط وتعدد الخيارات، يقتصد بن حزم الأندلسي في الخيار استمساكا بمقتضى العقد، واستقرار الصفقات من جهة، ومـن جهـة أخرى: أن الخيارات التي أخذ بها غيره من الفقهاء مبنية على اعتبارات اجتهادية كشـف عن فسادها وفقدانها قيمتها الفقهية. وماعدا خيار الرؤية وخيار العيب رفض كل الخيارات لأنها مناقضة للعقد، مقيدة لحرية التعاقد. و يرى بأن خيار "لا خلابة" يعد توسعة للمتعاقد وتعويضا لجملة الاشتراطات التي يرفضها و يعتد بها غيره من الفقهاء.[1]

وهذا الجانب من الفقه هو الذي يقترب من المذهب الشخصي للالتزام الـذي اعتنقتـه معظم التقنينات المدنية الحديثة والذي لا يقر بالتقسيم المذكور آنفا، أو ما يعـرف بالعقـد النافذ اللازم والعقد النافذ غير اللازم، فالعقد إما صحيح نافذ، وإما باطل أو قابل للإبطال.

وعود على بدء، فلا محل في التشريع المدني الجزائري لخيارات الرجوع فـي العقـد اللهم إلا ما يعتبره البعض تقاربا بين خيار الرؤية، و شرط العلـم الكـافي فـي نـص المادة352 ق. م أو التشابه بين نص المادة 379 و 380 من القانون المدني مع خيار العيب المعروف في الفقه الإسلامي، لأن عقد البيع هو عقد نافذ يرتب للمشـتري الحـق بالرجوع على البائع على أساس الضمان نتيجة للعيب، ولا يرقى هذا الحق إلى إمكانيـة الرجوع في العقد بالإرادة المنفردة كما هو الشأن بالنسبة لخيار العيب في الفقه الإسلامي، فضلا عن عدم اعتداد المشرع بخيارات العدول التي تجد لها مكانا في العقد غير اللازم الذي لا يقره المشرع، وفي هذا يقول الأستاذ سليمان محمدي: " فلكي نكون أمام عقد فـلا بد أن تتطابق الإرادتين على جميع المسائل الجوهرية، فإذا اتفق المتعاقدان علـى حريـة العدول وحق التراجع فهذه المسائل لا يوجد تطبيقا لها في القانون المدني."[2]

---

[1] طالع، في تفصيل أكثر، بوصبع نذير، نظرية العقد عند ابن حزم الأندلسي أصولها ومقوماتها، دار ابن حزم، بيروت 2010، ص 451 وما بعدها.

[2] طالع، محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر في مركز الخاف العام، ص 500.

الفرع الثالث: التفاوت المادي ليس معيارا لتوازن الأداءات في العقد

وفق تصور المشرع لفكرة توازن العقد من خلال صحة التراضـي، يكـون مـن الطبيعي و المنطقي ألا يعتد بالتفاوت المادي معيارا للتوازن، و على هذا النهج سارت كل التشريعات التي تبنت النظرة الشخصية للالتزامات.

فالالتزامات التعاقدية ، لن تكون محل تعديل أو تغيير بعد انعقاد العقد صحيحا حتى لو طرأ بعده ما يجعل الالتزامات بين المتعاقدين متفاوتة، لأن الذي يبرم عقـدا بإرادتـه الحرة السليمة و المدركة؛ فإنه يرى مصلحة له في ذلك، ويرى مـن منظـوره الخـاص وجود توازن في العقد الذي أبرمه، و ليس لأي من المتعاقدين أن يطلب إنقاص التزاماته أو زيادة التزامات الطرف الآخر بحجة تفاوت الأداءات أو الغبن.[1]

و لتبيان ذلك، نوضح أولا أن العبرة بالتوازن الذاتي الابتدائي وأن الغبن اليسير شائع الحصول في كل تعاقد وأن هذا الغبن لا يؤثر في صحة العقد كقاعدة عامة، إلا إذا كـان ناتج عن استغلال ضعف نفسي للمتعاقد المغبون.

أولا: الغبن هو زكاة الحرية

" الغبن هو زكاة الحرية ، ومن أراد أن يكون حرا وجب أن يحتـرم تعهـده الـذي رضي به باختياره، ولو وقع عليه غبن في ذلك، و إن تقييد المعاملات بعدم وقوع الغـبن فيها هو قتل لروح المضاربة، وهذه الروح ضرورية لتقدم التجارة والمعاملات "[2].

و عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة لا تأثير له وفق مذهب الإرادة علـى صـحة العقد. لأن التعاقد، كما قد يكون مصدرا للربح، قد يكون كذلك مصدرا للخسارة، واختلال التوازن في العقد هو واقع المعاملات المالية، تبعا للفوارق بـين المتعاقـدين والظـروف المحيطة بالعملية التعاقدية. فضلا عن كون العقد شأن المتعاقدين وتراضيهما على المعقود عليه يكفي للدلالة على قبول هذا التباين بين الأداءات التي يريانها متوازنة .

---

[1] ليس الأمر على إطلاقه، خاصة ما سوف يتم التعرض إليه بخصوص الغبن الاستغلالي، والغبن المجرد في الحالات الاستثنائية في الفصل الثاني من هذا البحث. و أن ما نقوم به من عرض لمختلف التوجهات الفكرية و المذاهب، يستتبع ذلك من النقد اللازم في حينه بين طيات هذا البحث.

[2] طالع، السنهوري ، المرجع السابق ، ص 447، هامش 3.

إن عدم تأثير الغبن على العقود مرده فكرة التوازن في حد ذاتها، لأنها تشترط المسـاواة في الالتزامات المتقابلة و المترتبة عن التصرفات القانونية. ولكن هذه المساواة لا ينظـر إليها من جانبها المادي الموضوعي الذي يقاس بمعيار خارج عن إرادة المتعاقدين، وإنما العبرة بالمساواة الذاتية النابعة من إرادة الشخص نفسه، بحيث يكون في مركـز قـانوني يخوله أن يلتزم مدركا لنتائج تعاقده، و الذي يفترض أن يكون مميزا لآثار تصرفه والتي لا يعقل إلا أن تعود عليه بالنفع المجرد من القياس المادي البحت. لأن فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي، لا يمكن لها أن تلتقي مع نظرية الغبن المجرد، فضـلا عـن تبنيها.

إن مصطلحي التوازن والمساواة يلتقيان مع غاية الغايات وهي العدالة. حيث تطبق قاعدة العدالة على العقد الذي يفترض أن العلاقات بين طرفيه تكون متوازنـة، فالعدالـة كقيمة سامية تبرر المساواة والتوازن بين المتعاقدين في علاقـة التبـادل، لأن التصـور المجرد للعدالة مبني على تقييم مجرد للحقوق والواجبات وهو مستقل عن الرجـوع إلـى الوضعية الحقيقية للأطراف.

و بما أن العدالة المجردة تحفل باختلافات وضعية الأطراف خلال تكوين العقد فقط فإنه بعد تكوينه صحيحا تستبعد كل إمكانية التدخل لتحقيق التوازن الذي قـد حسـم فيـه أطراف العقد أنفسهم. بمعنى آخر تهتم العدالة التعاقدية و تعنى بالتوازن الانطلاقي أي أن فقدان اختلال توازن الانطلاق يبرر تدخل القانون، أما فقدان تـوازن النتيجـة فيتحملـه المتعاقدان. وهذه العدالة توازنية لأنها تمنع أي تدخل في محتوى العقد في الوقت الذي يبدأ فيه مسار التنفيذ مهما كانت النتائج. و يجب أن يحتـرم العقـد بعـد نشـأته و تكوينـه كاحترامنا للقانون. و في إطار الفكرة الأساسية لهذه النظرية لا يستطيع القاضي أن يغيـر مضمون العقد، ولا يسمح للمتعاقد ألا يفي بوعوده، لاعتباره عقدا متوازنا و عادلا.

إن العلاقة بين العدالة وحرية الإرادة تطرح مسألة دقيقة للموازنـة بـين مراعـاة العدالة ووجوب تحقق الأمن القانوني. لأن العدالة التعاقدية تعتبر كعامل عـدم اسـتقرار كونها تتيح الفرصة للقاضي ليتدخل في العقد لاستعادة توازنه الاقتصادي، و عندما يسمح للقاضي بإمكانية التدخل في الدائرة المحصنة للعقد بسم العدالة التعاقدية تتضاعف مخاطر

عدم استقرار العقد، لأن العدالة المستهدفة تتنافى و مبـدأ حريـة الاتفاقـات و لا تعبـر بالضرورة عن إرادة المتعاقدين، ما يؤدي إلى انعدام الأمن التعاقدي.

فالإرادة الحرة المستقلة هي الإرادة الخالية من عراقيل و عوائق القانون والرقابة القضائية، لأن الإرادة الحرة يجب أن تكون مستقلة عن أي تدخل حتى و لو كـان هـذا التدخل من القانون أو من القاضي. انطلاقا من أن العدل المجـرد مبنـي علـى تعاقـد الطرفين بمنتهى الحرية، و المقابل المتحصل عليه هو مقابل معادل طالما رآه المتعاقـدان كذلك، و الذي قد يكون معنويا بالنظر إلى القيمة الشخصية للمعقود عليه و ما يبعثه مـن رضاء ينم عن التعادل النفسي و التوازن المجرد من كل قياس مادي.

وحتى يرجح اقتضاء العدالة، يجب أن تكون العدالة نتيجـة لممارسـة الحريـة التعاقدية. و كل بحث عن العدالة خارج هذا المسار، يشكل خطرا وحدا ليس على الحرية فحسب بل على العدالة في حد ذاتها. وقد تكون العدالة النتيجة الضرورية لحرية مفترضة في الأصل والعكس صحيح.

و يستعمل مصطلح العدالة لخدمة الحرية التعاقدية، ونؤكد هنا ترجيح هذه الأخيـرة التي تراعي التوازن الابتدائي بين التزامات المتعاقدين، وتعتبر مراعـاة العدالـة وسـيلة وليست كهدف، لأن المتعاقدين لا يبتغيان المساواة الحقيقية بالضرورة في كل معاملاتهمـا المالية، وبمعنى آخر تتمثل مراعاة العدالة كحجة لصالح مراعاة التـوازن، و مـن هـذا المنطلق، يستبعد أي تناقض بين مراعاة العدالة وحرية الإرادة.[1]

ثانيا: الاستغلال عيب في الرضا و الغبن لا ينال من صحة العقد

الاستغلال هو انتهاز حالة الضعف النفسي للمتعاقد قصد تحقيق ربح يميزه التفاوت الجسيم بين تقديمات المتعاقدين والمصالح التي يحققها كل طرف بموجب نفس العقد.

ولقد تعرض المشرع الجزائري لهذا الاختلال البين في التوازن العقدي من خلال المادتين 90 و 91 من القانون المدني .

فالتباين و التفاوت الذي قد يوجد بين ما يقدمه المتعاقد تنفيذا لإلتزامه والمنفعة التي يتحصل عليها هو ناتج عن الضعف النفسي للمتعاقد المغبون من جهة، واستغلال المتعاقد

[1] طالع، غربي مصطفى، المرجع السابق، ص 166 و 188.

معه لهذا الضعف من جهة أخرى. والغبن الذي يقع فيه المتعاقد يؤكد على وجود عيب في رضاه، أفقده حسن تسيير مصالحه فتعاقد مستغلا بإرادة معيبة.

و العبرة في نطاق المذهب الفردي للاعتداد بالتفاوت ومعالجته هي بالضعف النفسـي من طيش وهوى اللذان يعيبان الإرادة ويدفعانها لإبرام عقد ما كان ليرضـاه الشـخص السوي ولا يقبل بنتائجه وآثاره لو لم يستغل فيه الاندفاع الأعمى، دون بصيرة من عقـل، ودون روية الشخص المريد بحق الدخول في عملية التعاقد، قصدا بعد إدراك، و اختيارا بعد إمعان للنظر، و موازنة بين الأداء الملتزم به و الفوائد المرجو تحصيلها.

ومما لا ريب فيه أن هذا الاتجاه، الذي يبحث في سلامة إرادة كل من الطـرفين المتعاقدين و لا يبطل العقد بسبب الغبن إلا إذا كان مظهرا لانتهاز حالة الضعف النفسـي لدى أحد المتعاقدين من طرف المتعاقد الآخر، يضع نصب عينيه، وفي المقام الأول حالة انعدام التعادل بين قوى الإدراك والإرادة والثقافة التي تفصل بين الأفراد، وتجعل كثيـرا من الأشخاص ضحية لغيرهم ممن يفوقونهم في مثل هذه العوامل، ويرى مـن الظلـم أن يترك الطرف الضعيف في العقد ليواجه وحده صراع عدم التكافؤ بين الطرفين .

و هو بذلك يستجيب لما تقتضيه المصلحة الاجتماعية من حمايـة ضـعفاء الإرادة الذين تعوزهم الفطنة ويجرفهم الهوى فيقعون ضحايا استغلال غيـرهم ممـن يتحينـون الفرص وينتهزون حالات الضعف لدى غيرهم من المتعاقدين. والأخـذ بنظريـة الغـبن الاستغلالي لا يخالف مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تعتبر تطبيقا له، وذلك لأن الإرادة التي يعتد بها في التصرف إنما هي الإرادة الحرة ، ولـيس الإرادة الضعيفة المستغلة، والتي لم يكن لها الاختيار الكافي لإبرام العقد.

لأن المشرع عندما جعل حرية الإرادة كافية لتحقيق التوازن في العقد، قد نظر إلى فكرة المساواة من خلال ركن التراضي فاشترط سلامة رضاء المتعاقد من العيوب التـي تشوبه. مريدا بذلك أن يضمن الشروط الواجب توفرها لإعمال مبدأ سلطان الإرادة.

و يشترط المشرع في الاستغلال المعيب لـلإرادة أن يكـون التفـاوت بـين أداءات المتعاقدين جسيما، إذ لا يعتد بالتفاوتات البسيطة و المألوفة بين الناس والناتجة عن ابتغاء الربح والفائدة من العملية التعاقدية، فكل طرف يسعى منطقيا إلى الاغتناء وتجنب الافتقار، لكن هذا السعي إلى تحقيق الفائدة بأقل التكاليف لا يجب أن يكـون علـى حسـاب إرادة

شخص معيبة، لأن التفاوت الكثير بين الالتزامات والمقترن بالرضاء المعيب قد تصدى له المشرع، ورتب عليه حماية خاصة، و ذلك بمعالجة آثار الغبن المقترن بالاستغلال كحالة استثنائية لا تقبل التوسع أو التعميم.

فلا يعتد بالغبن مجردا إلا استثناء، ولا يعتد به مقترنا بالاستغلال إلا فـي حـدود غياب الإرادة التي تستطيع تحقيق التوازن في العقد، وعلى هـذا الأسـاس جـاء تـدخل المشرع للمحافظة على استقرار المعاملات والأمن العقدي بتضـييق حـالات الضـعف النفسي، وقد جاءت على سبيل الحصر في حالتي الطيش البين والهوى الجامح واسـتبعاد حالات أخرى من الضعف الدافع إلى التعاقد، إضافة إلى مكنة إبطال العقد ومكنة توقيه.

المبحث الثاني: كفاية التراضي للتوازن مدعاة لإقرار المشرع لبعض العقود

إن المشرع إذ يقر ببعض العقود؛ رغم ما يعتريها من التباين البين حصوله أو توقعـه بين تقديمات أطراف العملية التعاقدية، غير آبه بالتوازن الاقتصادي أو المادي فـي ذات العقود. يؤكد اعتداده بالنظرة الذاتية، ومن ثم يعتد بصحة العقود متى صح فيها التراضي.

و الطارق لهذه العقود، يظهر له لأول وهلة أن المشرع لا يهتم بالتوازن في العقـود، و لا يأبه بالتعادل، ولا يعنى بالتكافؤ، و هو قول عار من الصحة، لأن معنى ذلك أن القانون يقر الظلم، بينما القانون هو فن الخير و العدل؛ غاية ما في الأمر أن المشرع قد نظر إلى هذه العقود بالتصور ذاته الذي يحفل بالإرادة و قدرتها على تحقيق التوازن.

فاعتد بصحة عقد الغرر (المطلب الأول) وبنفس النظرة أقـر بصـحة عقـد الإذعـان (المطلب الثاني) ونفس الأمر ينطبق على عقد الهبة (المطلب الثالث).

المطلب الأول : صحة عقد الغرر

يقصد بعقود الغرر أو العقود الاحتمالية، العقود التي لا يستطيع فيها أطـراف العقـد تحديد مقدار ما يحصل عليه من فائدة وقت العقد، وإنما يتحدد ذلك تبعـا لحادثـة غيـر محققة، أو حادثة محققة يجهل وقت وقوعها.

ولقد تولى المشرع ـ على غير عادته ـ تعريف العقد الاحتمالي مطلقـا عليـه لفـظ الغرر متأثرا شكليا[1] بفقهاء الشريعة. وهو الأمر الذي جعله يقع في خلط كان باستطاعته تجنبه مما أدى إلى توجيه انتقاد للمادة 57 التي تنص في فقرتها الثانية على ما يلـي: " إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ الربح أو الخسارة لكل واحد من الطرفين علـى حساب حادث غير محقق، فإن العقد يعتبر عقد غرر ".

فالمشرع جعل من حظ الربح أو الخسارة مرتبطا بحادث غير محقق مع أنـه قـد يكون الأمر محققا كما هو الحال بالنسبة للوفاة التي هي محققة ولكن غير معروف وقت حدوثها، وعليه فالأصح، هو القول بأن الأمر المستقبلي قد يكون غير محقق الوقوع ، أو غير معروف وقت حدوثه. كما يلاحظ استعمال المادة السـالفة الـذكر لعبـارة الشـيء المعادل، وهي عبارة غير دقيقة، فالتعادل هو المساواة الفعلية، وفي هـذا تنـاقض مـن جهتين، فمن جهة نعلم أن أساس عقد الغرر هو عدم المساواة بين تقديمات الطـرفين لأن العاقدين لا يعرفان مقدار ما يغنمانه وقت التعاقد، ومن جهة ثانية، فقد سبق التدليل علـى اعتداد المشرع بالمساواة المجردة دون المساواة الحقيقية بين أطراف العقد وعليه فالمفردة الدقيقة هي المقابل.[2]

و بعد أن عرف المشرع عقد الغرر أورد تطبيقات له وذلك في البـاب العاشـر مـن القانون المدني تحت عنوان عقود الغرر، وهي القمار والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، ونظمها بالمواد (من 612 إلى 625 ق. م). وليس هناك لبس في أن القـانون ـ ـ ـ ـ بعد هذا العرض الموجز لمواد الباب العاشر للقانون المدني ـ ـ ـ ـ يبيح عقـود الغرر .

الفرع الأول : نظرة المشرع إلى عقود الغرر نظرة ذاتية

القول أن القانون يبيح الغرر، مفاده أن المشرع اعتمد عدم التـوازن وهـو قـول مردود لأنه غير صحيح، لأن معنى ذلك أن القانون يقر الظلم والقانون عـين العـدل. و

[1] نقول شكليا، لأن الشريعة الإسلامية ترفض عقود الغرر لما يترتب عنها من تفاوت الأداءات المؤدية إلى الربا المحرم والذي يعتبره الفقهاء عيب في محل العقد.

[2] فيصبح نص المادة المقترح كالآتي: " ... إذا كان الشيء المقابل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حساب حادث غير محقق الوقوع أو غير معلوم وقت وقوعه، فإن العقد يعتبر عقد غرر" .

الحقيقة أن المشرع عندما أباح عقود الغرر لم يهمل التوازن في العقود إنما اعتد بكفاية الإرادة على تحقيق التوازن في العقد.

و لأن النظرة الذاتية لالتزامات المتعاقدين كما سبق عرضه تعترف بالمساواة المجردة والتوازن من خلالها ليس توازنا اقتصاديا أو حسابيا مطلقا والتفاوت ينظر إليه انطلاقا من ركن التراضي فالعدل ما ارتضاه الأطراف وهو تفاوت ذاتي نفسي و ليس تفاوت في القيمة المادية للشيء كما هو الشأن بالنسبة لفقهاء الشريعة الذين ينطلقون من محل الالتزام للاعتداد بالتفاوت والعدل هو ما ارتضاه الشارع، ويترتب على ذلك منع الغرر وما شاكله من ربا، والاهتمام بالتوازن المادي الحقيقي بوضع شروط تضمنه، وخيارات تعززه.

وعليه فالتوازن في عقود الغرر ينظر إليه من أن المتعاقدين في درجة متساوية من الاحتمال، بأن يكونا غير متأكدين من نتيجة العملية العقدية، فيأمل كل طرف في العقد أن تكون العملية لصالحه دون أن يكون متأكدا من ذلك وألا يكون أي طرف متأكد من أنه سوف يتعرض لأية مخاطر من خلال العملية التعاقدية، بحيث تتوافر لديهم نفس العناصر التي تمكنهم من تقدير الخطر. و هو ما يظهر بجلاء في عقد التأمين، حيث يتراوح مقدار مبلغ التأمين مع درجة أهمية الخطر، ولهذا السبب يقع على المؤمن له عند إبرام العقد، التزام بالإعلان عن جميع المعلومات المتوافرة لديه و التي تسمح لشركة التأمين بتقدير المخاطر التي تتحملها. و يترتب على إغفال إعطاء هذه المعلومات أو إعطاء معلومات كاذبة من طرف المؤمن له بطلان عقد التأمين.

والتفكير المنطقي يقتضي الاقتصار على وجود الاحتمال لدى المتعاقدين وذلك طبقا لمبدأ سلطان الإرادة والحرية العقدية. و بما أن إرادة الأطراف الحرة السليمة اتجهت إلى إبرام عقد غرر، فإنها قد رضيت ضمنيا بتحمل خطر الخسارة الذي قد يقع من احتمال الربح المأمول تحقيقه من إبرام هذا العقد، تحت دوافع الإغراء.[1]

الفرع الثاني : حكم صحة عقد الغرر

[1] طالع في تفصيل أكثر: BENCHAABANE HANIFA, L'àléa dans les contrat, opu, 1992.p 12 et st

إن الناظر إلى إقرار المشرع لصحة عقد الغرر يرى تناقضا مع تبني المشرع لنظرية الغبن في عقود البيع، والقسمة الاتفاقية و عقد المقايضة. لأن علة رفع الغبن في هذه العقود هو التفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين المؤدي إلى اختلال التوازن في هته العقود، وهو ما لم يقره المشرع بالنسبة لعقود الغرر.

إلا أن المتتبع لما عرض سابقا وما أطنب في بيان التصور الذاتي للتوازن في العقد يدرك أن إقرار المشرع بصحة عقد الغرر لا يمثل أي تناقض و ذلك لأمرين اثنين، فمن جهة أن المشرع يهتم بالمساواة الذاتية المجردة دون الموضوعية لالتزامات المتعاقدين وهذا ما يفسر اعتراف المشرع بهذا النوع من العقود.

ومن جهة ثانية فإن المشرع لم يقر نظرية الغبن كمبدأ عام في جميع العقود وإنما راعى وجود الغبن في بعض العقود ومن ثم رفعه بصفة استثنائية. ولا قياس ولا تعميم على استثناء. وعليه فالقول بالتناقض قول عار من الصحة.

و إذا كان المتعاقد قد اندفع إلى التعاقد في إطار العقود الاحتمالية بدافع الإغراء فأسرف في بذل أداءات مالية دون أن يحصل على ما يعادلها في القيمة أو كانت متفاوتة كثيرا في النسبة بالنظر إلى ما ظفر به، و ظن واهما بأن باستطاعته أن يستفيد من أحكام الغبن الاستغلالي متحججا بما تعرض له من إغواء و إغراء واستدراج ناتج عن استغلال فطرة الإنسان في حبه للمال، فإن هاته الحجج تدحض بما يناسبها من شرع وقانون. فالاحتجاج بالفطرة تجيبه الآية الكريمة " و أحضرت الأنفس الشح". و غيرها من الآيات كثير، مما يحث على أن يوازن الشخص بين الفطرة في حب المال، وما يلجمها من العقل فيتوسط الإسراف و التقتير، أما الاستفادة من أحكام الغبن الاستغلالي فلا ينبغي إلا في إطار ما حددته المادة 90 ق. م السالفة الذكر، و فيها من التحديد ما يبتر كل مدع للوصال، و يقطع طمع المنتسب خطأ لأحكامها.

الفرع الثالث : جواز التعامل في المحل المستقبلي

من شروط محل العقد أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، معينا أو قبلا للتعيين، زيادة على مشروعيته. كما أباح المشرع التعامل في الأشياء المستقبلية وجعل التعامل فيها جائزا مشترطا أن يكون وجود الأشياء في المستقبل أمرا محققا.

أولا: المشرع يجيز التعامل في الأشياء المستقبلية

يصح العقد إذا اتفق المتعاقدان على عقد محله قابل للوجود، بمعنى أن يرد العقـد على شيء مستقبلي، وهو ما جاء في المادة 92 من القانون المدني الآتي نصها: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا ".

و بناء على ذلك يمكن بيع المصنوعات قبل تمام صنعها، ويجـوز للمقـاول بيـع المنشأة قبل اكتمال بنائها، ويباح بيع المحاصيل الزراعية قبل نضجها.

وقد أظهر المشرع بعض الليونة بخصوص احتمال وجود الشيء في المسـتقبل، إذ سمح بجواز التعامل في الأشياء المستقبلية ولو كان وجودها مشروطا من خـلال المـادة 650 ق.م والتي تنص على : "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حـدد مقـدما الـدين المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط ".

وقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك في المادة 891 ق.م التي تقضي : " يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي..."

ثانيا: تناسب الإباحة مع النظرة الذاتية

لقد سبق القول أنه لا يوجد توازن مادي بـين أداءات المتعاقـدين بـالنظر إلـى التقديمات التي يقدمها كل طرف إذا كان في التعاقد نوع من التغرير المؤدي إلى التفاوت البين بين التزامات الأطراف. و يلحق التعامل في الأشياء الممكنة الوجود فـي المسـتقل بالتعاقد في عقود الغرر المبنية على احتمال الربح أو الخسارة، لأن الشيء في المستقبل قد يوجد وقد لا يوجد. و لذلك يكون العقد باطلا في ظل هذا المذهب ومن نحـا نحـوه، لأن التعامل في محل معدوم باطل، وهو الشيء الذي قال به فقهاء الشريعة.

أما وقد أباح المشرع التعامل في المحل المستقبلي من خلال المواد السابق ذكرهـا فإنه يكون قد نظر إلى ذلك بذات النظرة المجردة من كل قياس مادي لما يقدمه كل طرف في العقد. والتعليق على ذلك منطبق على إباحة المشرع للعقود الاحتمالية و الغرر الـذي يكتنفها.

" إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حاول تجنبه باشتراطه ـ زيادة على التشريعات الأخرى ـ أن يكون وجود الشيء في المستقبل باعتباره محـلا للعقـد أمـرا

محققا. غير أن التعامل في الأشياء المستقبلة ينطوي لا محالة على احتمال عـدم جودهـا مما جعل بعض الفقهاء ينكرون فائدة هذا الشرط ويقترحون إلغاءه".[1]

والحقيقة أن المشرع الجزائري لم يرد تجنب الغرر عندما أضاف شرط تحقق المحل وإنما قرن التعامل في المحل المستقبلي بوجوب تحققه ، لتنبيه إرادة الأطراف إلى ضبابية وخطورة التعامل في الأشياء المستقبلية، مما يحتم على الأشخاص التروي فـي الإقبـال على التعاقد.

المطلب الثاني : صحة عقد الإذعان

عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي ينفرد الموجب بوضع شروطه وبنـوده بوصـفه محتكرا ويسلم لها القابل منقادا دون مناقشة أو مساومة ولا تفاوض، وإن سمي شبه عقـد إلا أن المشرع اعتد به عقدا وأقر بصحته من خلال المادة 70 من القانون المدني الآتـي نصها: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجـب ولا تقبل المناقشة فيها."

فعقد الإذعان عقد بالمعنى الذي تحتويه الكلمة، لأن ركن التراضي الذي يشكك فيه البعض متوافر، ولا أحد يجبر المتعاقدين على الدخول في هكذا عقود دون إلزام. كمـا أن عقود المساومة لا تشترط المفاوضة والمناقشة وإنما تستدعي إيجابا يطابقه قبول وهو شأن كل العقود مع خصوصية القبول في عقود الإذعان، وهته الخصوصية لا تخرجه من دائرة العقود ما دام المتعاقدان في مساواة قانونية كافية للقول بصحة عقد الإذعان. وعليه سوف يتم التطرق إلى عدم اشتراط المساومة لصحة العقد في (فرع أول) ثم نتطرق إلـى أن ظاهرة التعسف في العقود لا تعكسها بالضرورة العقود النموذجية في (فرع ثان).

الفرع الأول : عدم اشتراط المشرع المساومة

إن العقد في ظل التصور الشخصي يعتمد لقيامه صحيحا على ركن العقد الركين وهو التراضي الذي يحفل بالإرادة وقدرتها وإدراكها وتمييزها. وينبثق عن الرضائية ـ ـ ـ ـ كما سبق الذكر ـ ـ ـ ـ حرية الأشخاص في الاشتراط الذي لا يتم إلا عبر كثير مناقشة و شديد مساومة وعناء مفاوضات، للتوصل في الأخير للتوافق على ما يرضي المتعاقدين معا كونهما على قدم المساواة.

---

[1] طالع، فيلالي علي ، المرجع السابق، ص 171 .

غير أن هناك من العقود من يستبعد المناقشة بالنظر إلى طبيعته، ومنها من لا يشترط المساومة لخصوصية التعامل وطريقة الانعقاد، والمفاوضات تكاد تكون منعدمة خاصة في عقود الخدمات المقدمة للجمهور. خاصة فيما يعرف بالتعاقد الالكتروني، فهناك نمط من التعاقد عبر الشبكة العنكبوتية ، يكون فيها المتعاقد مضطرا لشراء سلعة معينة دون مساومة أو مناقشة ليدخل ضمن سلسلة المتعاقدين، وكي يصبح بائعا للمنتوج، يجب عليه إدخال متعاقدين جدد، حسب التشكيل الثنائي أو الثلاثي، ومن ثم يذعن المتعاقد مختارا عند تعاقدك كمشتر للسلعة أو الخدمة، ويذعن بائعا لاشتراط الشركة العالمية واسعة الانتشار، أن يبيع منتجها لشخصين اثنين على الأقل، ليكون حلقة من حلقاتها المتداخلة.

و في هذا شذوذ عن القاعدة العامة في التعاقد، لأن المتعاقد لا يملك إلا التعبير عن رضاه بالتعاقد بقبوله مذعنا راضخا لشروط المذعن وبنود العقد، غير أن هذا الشذوذ لا ينال من صحة العقد. لأن المشرع لم يشترط المساومة لصحة العقد رغم ما قيل بشأن عدم سلامة رضا المتعاقد المذعن لبنود معدة سلفا لا يمكن مناقشتها ولا المفاوضة بشأنها وقبولها يكون حتميا بالنظر لحاجة وضرورة الخدمة أو السلعة، وذلك بالتسليم لتلك الشروط.

و يلاحظ الفقه[1] تميز الإيجاب في عقود الإذعان بمجرد اجتماع مجموعة من الظروف الواقعية فيه، لا تجتمع عادة في غيره من العقود. أولها أن هذا الإيجاب يكون موجها للكافة دون حصر، وليس إلى شخص أو أشخاص معينة أو قابلة للتعيين. و ثانيها أن هذا الإيجاب يكون مفصلا شاملا لكافة العناصر اللازمة لإبرام العقد المراد وتنفيذه وثالثها عدم قابلية هذا الإيجاب للمناقشة وصولا إلى الزيادة فيه أو التقييد أو التعديل.

و عقود الإذعان لا تستقل بأي من هذه الصفات عن غيرها من العقود، وإنما تستقل فقط باجتماعها معا فيها.

الفرع الثاني : العقود النموذجية لا تعكس بالضرورة التعسف

إن مصطلح العقد النموذجي اقترن بعقد الإذعان حتى أعتقد أنهما مصطلحان مترادفان، غير أن الحقيقة غير ذلك غاية ما في الأمر أن أولهما وسيلة للثاني.

[1] طالع، سعيد سعد عبد السلام، نفس المرجع، ص 38، و مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 105 وما بعدها.

لأن المذعن يقبل على العقود النموذجية بما تحويه من بنود وشروط معدة مسـبقا و لا حول له إلا التسليم لهذه لشروط رغم العنت الذي يجده من خلال الإقبال على التعاقد تبعا لحاجته الملحة وضرورته الملجئة لعـرض الطـرف المـذعن، الـذي يملـك الخبـرة والتكنولوجيا لترويج السلعة أو تقديم الخدمة. و لا قدرة له في عدم قبول التعاقد، و رفض السلعة أو الخدمة لاحتكار الموجب لها، مما يوحي بتعسفه لحظة إعداد نماذج العقـود، و تعسفه أثناء التعاقد بعدم المناقشة فضلا عن التنازل عن بعض الشروط.

لكن ليس كل شرط معد مسبقا، في شكل نموذج يعتبر بندا تعسفيا،[1] فمن العقود ما يعد فيها من شروط لا تعكس بالضرورة التعسف، ولا يقصد من ورائها إذعان القابل.

بل ويذهب البعض إلى ذكر مزايا التعاقد وفق نماذج معدة مسبقا، وذلك بالقول بـأن الاعتماد على نموذج العقد في إبرام الصفقات يعكس الطبيعة الإنسانية المتجهة دوما إلـى طلب التيسير من جانب طرفي العقد، وعدم الدخول في مفاوضات مرهقة. ومـن مزايـا نموذج العقد أنه يعمل على الارتقاء بمستوى أداء المؤسسات معقدة الإدارة، التي تتكـون من عدة أقسام، إذ يهيئ العقد التعاون الآلي الدقيق بين أقسام المؤسسة. و من ناحية أخرى من شأن ذلك أن يجعل عمل إدارة المؤسسة آليا فكل مسألة مدروس كيفية التعامل والبـت فيها مسبقا. "ويلعب نموذج العقد دور المحدد والضابط للعلاقات القانونية التـي يتناولهـا القانون بالمعايير أو العبارات العامة غير المحددة ومثال ذلك أن يتخذ إجراء معين خـلال مدة معقولة إذ يقوم نموذج العقد بتحديد المدة المعقولة".[2]

و المشرع إذ يقر بهذا النوع من التعاقد لا يعني أنه يعترف بآثاره السلبية الناتجة عن التعسف الذي تصطبغ به بعض بنود العقد.

الفرع الثالث : قبول المذعن قبول صحيح

إن القول بالإذعان يتوهم منه بأن القبول في مثل هذه العقود يختلف عن القبـول فـي العقود الأخرى في أنه لا يعبر عن إرادة حقيقية للقابل. لكن النظرة المتفحصة في الأمـر تجلي عدم صحة هذه التفرقة. فالمتعاقد في عقد الإذعان حر في أن يرضخ أو لا يرضـخ

---

[1] طالع، نساخ فاطمة، مفهوم الإذعان، ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1998، ص 36.

[2] طالع، أحمد عبد الرحمان ملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، السنة السادسة عشرة العدد الأول و الثاني، 1996، ص 260 و 261.

للتعاقد مع الطرف الذي صاغ بنود العقد. غير أنه يواجه بإيجاب معد مسبقا فيه تفصـيل للعقد المراد إبرامه، يكون عليه أن يقبله أو أن يرفضه، دون أن يكون له الحـق تعـديل شيء من معطياته بتقديم إيجاب جديد. كما أن التسليم للشروط المعدة مسبقا يعتبر قبولا في نظر المشرع، لا يختلف عن القبول في العقود التي تتم عن طريق المفاوضات والمساومة لان بإمكان القابل رفض الإيجاب وعدم الدخول في العملية التعاقدية.

" فالإذعان إرادة حقيقية يعتد بها القانون ويلحقها بالقبول الحقيقي و بالتالي فـالإكراه الاقتصادي لا يعد عاملا من العوامل التي تؤثر في الإرادات، وذلك أن القانون لم يشترط أن تكون الإرادتان المتعاقدتان إرادتان متساويتان اقتصاديا أو ماديا. و لا يعتبر عيبا مـن عيوب الرضاء التي يستند إليها القضاء للتدخل لإبطال العقد وإنصاف المتضرر"[1]

وفي ظل النظرة الشخصية للالتزام يكون من فضل القول، أن يعتد القانون بقبـول المذعن مادام في استطاعته رفض الإيجاب، إذ العبرة بالمساواة المجردة بين المتعاقـدين. ومادام قد رضي بالعقد بهذه الشروط ـ ـ ـ ـ ـ وان وصفت بالمجحفـة ـ ـ ـ ـ ـ إلا أن العقد المبرم عقد صحيح لأن المشرع لا يعتد بتعادل الالتزامات التعاقدية، ولا يقر الغـبن في العقود كنظرية عامة يعملها متى حدث تفاوت بين الأداءات.

وبما أن الغبن الناتج عن الشروط التعسفية في عقود الإذعان، لم يتصل ويقترن باستغلال الطرف المذعن سليم الإرادة، فإنه لا يرقى لإبطال العقد، تماشيا مع نظرة المشرع إلـى استقرار المعاملات والأمن القانوني وفكرة توازن العقد المرتكزة على صحة التراضي.

المطلب الثالث: صحة عقد الهبة

من العقود التي تعكس اعتناق المشرع المذهب الشخصي في مجـال الالتزامـات والعقد المدني بصفة أخص، هي اعتداده بعقد الهبة، لذلك يحسن بنا أن نعرض إلى ماهية عقد الهبة في فرع أول، ثم في فرع ثان نعمد إلى تبيان أن انعدام المقابل في الهبة لا يؤثر على صحة العقد وأخيرا نوضح كيفية حماية المشرع للواهب.

---

[1] طالع، نساخ فاطمة ، المرجع السابق، ص 79.

الفرع الأول: الهبة تمليك بلا عوض

في عقود التبرع، المتعاقد لا يأخذ مقابلا لما يعطي، ولا يعطي مقابلا لمـا يأخـذ، وإنما أداء بدون مقابل ومثاله الإعارة والهبة بدون مقابل وعقد الوديعة بدون أجر وعقـد الوكالة بلا مقابل وعقد القرض بلا فائدة، ومن عقود التبرعات كذلك الوصية و الوقف.

ويلاحظ أن المادة 202 من قانون الأسرة لم يرد بها لفظ " عقد " لكن هذا لا يعنـي أن المشرع أراد إخراج الهبة من طائفة العقود ذلك أنه جاء في المادة 206 قولـه: " تنعقـد الهبة بالإيجاب والقبول... ".

و المتبرع في عقد الهبة لا يحصل على عوض في مقابل الشيء الذي تبـرع بـه، شرط أن يكون مالك للشيء الموهوب، وإذا اشترط الواهب عوضا أصـبح العقـد عقـد معاوضة، أو كما يطلق عليه تبرع في الابتداء و معاوضة في الانتهاء. و الـذي يختلـف عن الاشتراط الذي أجازه المشرع بعد تعريفه لعقد الهبة بنص المادة 202 مـن قـانون الأسرة الآتي نصها:" الهبة تمليك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط ".

فالهبة عبارة عن عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فيم يملكه دون مقابل أو عـوض، فعقد الهبة من أعمال التصرف يرتب التزاما على الواهب بنقل ملكية المـال الموهـوب للموهوب له دون الحصول على فائدة من هذا التعاقد.

وقد خولت المادة 205 للواهب الحق بالتبرع بممتلكاته كليا أو جزئيا وذلك: إما بالتصرف فيها هبة لحق عيني أصلي كالملكية، أو تبعي كالرهن، أو بهبة حق الانتفاع مع احتفـاظ الواهب بحق الرقبة .

و يسري على الشيء الموهوب باعتباره محل العقد ما يسري على محل العقد بوجه عام ويشترط في محل الهبة أو الشيء الموهوب ليكون عقد الهبة صحيحا، منتجا لآثاره

أن يكون المحل موجودا وقت الهبة، أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، أن يكون صـالحا للتعامل فيه، أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب.

وهكذا يثبت أن الهبة بعوض تقترن بالتزام من جانب الموهوب لـه و مـن جانـب الواهب، والشروط التي أجاز القانون للواهب اشتراطها على الموهوب له هي كل الشروط

المشروعة التي لا تخالف النظام العام و الآداب العامة، كـأن يشـترط الواهـب علـى الموهوب له التزاما بالإعطاء أو التزام بعمل أو التزام بالامتناع عن عمل.

الفر ع الثاني: انعدام المقابل لا يؤثر على صحة العقد

تماشيا والنظرة الذاتية للمشرع الجزائري، أقر بصحة عقد الهبة رغم عدم وجـود المقابل المادي الذي يحصل عليه الواهب في عقد الهبة، فضلا على التوازن المطلوب في عقود المعاوضة. فالانعدام يغنينا عن الخوض في البحث عن التوازن المادي فـي هـذه العقود و ما يدور في دائرتها من عقود التبرعات. و عليه فالمشرع نظر إلى صحة عقـد الهبة من خلال صحة التراضي بين أطراف العقد.

وبما أن التبرعات تقوم على قاعدة الإحسان وليس على قاعدة العدل، فـلا يصـح النظر في توازن هذه العقود ماليا، طالما كان الواهب أهلا للتعاقد، و سلمت إرادته من كل عيب قد يشوبها، شرط توفر نية التبرع وعدم تسترها وراء تصرفات أخـرى كـالبيع أو الوصية.

فمن المقرر قانونا أن الهبة تستوجب نية التبرع المحض. أي إعطـاء مـال دون مقابل. و يجب التركيز بالتالي بصورة أساسية على عنصر التبرع، أو نية التبرع لأنهـا تشكل ركنا أساسيا لوجود عقد الهبة أو عدم وجوده.

إن نية التبرع لا تفترض افتراضا بل يجب التحقق من وجودها، كما أن نية التبرع تقتضي أن تكون بعيدة عن أي منفعة مادية أو معنوية. لأن العقـد الـذي يشـتمل علـى التزامات متبادلة بين الطرفين، لا يعتبر من التبرعات المحضة.[1]

و قد تقترن الهبة بمقابل، سواء كان شرطا، أو التزاما بعمل أو امتناعا عـن عمـل، أو إعطاء شيء. وهذا ما نصت عليه المادة 2/202 من قانون الأسرة:" ويجوز للواهـب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط ".

الفرع الثالث: حماية المشرع للواهب

نظرا للافتقار المحتمل وقوعه بعد إبرام عقد الهبة في جانب الواهب، قرر المشرع حمايته، بفرض شكلية معينة في العقد، زيادة على إعطائه حق الرجوع في الهبة.

---

[1] طالع، محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 242.

أولا: تقييد انتقال الملكية

و تتقيد حرية الواهب، بتقييد انتقال ملكيته بافتراض شكلية معينة، زيادة علـى اشـتراط الحيازة، وهذا حفاظا على استقرار التعامل، وصيانة لانتقال الأموال مع المحافظة علـى المراكز القانونية.

1 ـ تقييد انتقال الملكية بشكلية معينة

عقد الهبة تصرف استثنائي غير مألوف لا تظهر أهميته وفائدته إلا بتمام الشكلية ، وهي الرسمية في العقد فالهبة في الأصل عقد شكلي وهي من العقود الشكلية النادرة التي بقيت حتى اليوم، بعد أن أصبحت اغلب العقود رضائية تتم بالإيجـاب والقبـول ويبـرر الشكلية في الهبة أنها عقد خطير لا يقع إلا نادرا، ولدوافع قويـة علـى عكـس عقـود المعاوضة التي يأخذ المتصرف فيها مقابلا لما أعطى.

والهبة ذات أهمية ملفتة للنظر في الحياة العملية، فهي تصرف يكتسـي خطـورة كبيرة في التصرفات القانونية بها يتنازل الإنسان عن جزء من ماله فتكون ذات تأثير كبير على أسرته وعلى وضعيته المالية يتطلب منه التروي والتأني ذلك أن الهبة في حد ذاتهـا تصرف خطير يستلزم مثل ذلك التفكير، سواء من قبل الواهب أو الموهـوب لـه. ممـا يتطلب إفراغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من قبل موثق تحت طائلـة الـبطلان المطلق.[1]

تنص المادة 206 من قانون الأسرة على أنه: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، و تتم بالحيازة ، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقـارات والإجـراءات الخاصـة فـي المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة "

يستفاد من نص المادة 206 أن الهبة في العقار تنعقد بالإيجاب والقبـول ومراعـاة أحكام قانون التوثيق وتتم بالحيازة.

و المشرع اشترط لانتقال الملكية في العقارات أن يتم إشهار السند المثبت لهـا فـي المحافظة العقارية، ولإشهار التصرفات اشترط الرسمية كركن لانعقاد العقد.

---

[1] طالع ، أكثم أمين الخولي، العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة) ، مطبعة النهضة ، مصر ، ص111 ، و حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات(الهبة ـ الوصية ـ الوقف)، دار هومة ، ط 2 ص 12.

فالهبة في العقار لا تتم إلا بورقة رسمية يحررها ضابط عمومي وهو الموثق الذي له الاختصاص العام عملا بنص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني ، وذلك تحت طائلة البطلان مع احترام جميع الإجراءات المنصوص عليها في المواد اللاحقة لها .

ويجب فضلا عن ذلك أن يتضمن العقد الرسمي جميع عناصر الهبة وشروطها وجميع ما عسى أن يفرض من التزامات على الموهوب له ، وأصل ملكية العقار وطبيعته وحالات ومضمون وحدود العقارات ، وأسماء المالكين الأصليين السابقين وعند الإمكان وصف التحولات المتتالية للملكية، وذلك وفق ما توجبه المادة 324 مكرر 4. كما يجب أن يتضمن العقد الرسمي أسماء الشاهدين وان يكونا كاملي الأهلية مقيمين في الإقليم ولا صالح لهما في الهبة، ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة، وعلى الشاهدين أن يوقعا على العقد مع المتعاقدين والموثق بعد تلاوة الموثق عليهما الصيغة الكاملة للعقد.

إلى جانب الرسمية لا بد من إتباع إجراءات التسجيل واحترام إجراءات الشهر العقاري حتى تنتج الملكية أثرها بين المتعاقدين و وتكون نافذة تجاه الغير .

حسب نص المادة 793 من القانون المدني، وأكدت عليه المادة 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 بنص المادة 16 على: " أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء حقا عينيا، لا يكون لها اثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

وذلك في الآجال المحددة بالمادة 90 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ولم يشترط المشرع في هبة المنقول الشكلية الرسمية كما فعل في هبة العقارات وقد نصت المادة 206 من قانون الأسرة على انه :"تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ومراعاة الإجراءات الخاصة بالمنقولات".

فالأصل أن هبة المنقول تنعقد بالقبض فتكون هبة يدوية تغني فيها القبض على الورقة الرسمية فتنعقد الهبة بمجرد وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له

سواء قد سلم له تسليما فعليا والذي يكون عادة بالمناولة المادية للموهوب بذاتـه أو لمـا يترجمه إذا كان حقا شخصيا، أو تسليما حكميا.

2 ـ اشتراط الحيازة

و تتم الهبة وتلزم بإيجاب الواهب، وقبول الموهوب له، كما اشترط المشرع شرط آخر متمثل في الحيازة الذي يعبر عليه بالقبض أو التسليم، وهو ما تؤكده المادة 206 ق.أ

ويجب أن تكون الحيازة في عقد الهبة حيازة فعلية، ولا تتم إلا بالسيطرة الماديـة على الشيء بوضع المال الموهوب تحت تصرف الموهوب له وفي حيازته، وإلا انتفـت الحيازة و بطل على إثر ذلك عقد الهبة.

ثانيا: حق الرجوع في الهبة

لا يمكن للواهب الرجوع في الهبة، إلا استثناء في حدود ما ورد بالمادة 211 مـن قانون الأسرة.

و يمكن استخلاص أن المشرع اقر صراحة باستثناء الوالـدين وخـول لهمـا حـق الرجوع في الهبة ، ولعل الحكمة من استثنائهما هو لحمايتهما وتـوفير لهمـا ضـمانات خاصة من الأضرار التي تلحقهما من جراء تبذير أولادهما لأموالهما الموهوبـة، نظـرا لتغيير الظروف التي تمت فيها هذه الهبة وما يطرأ من أوضاع بعد إبرام هذا التصرف.

وإذا أراد احد الوالدين استعمال حقه في الرجوع عن الهبة فيكون له ذلك دون اللجوء إلى القضاء إذ يكفي التصريح بالرغبة في الرجوع أمام الموثق بـالإرادة المنفـردة لـه لاسترجاع ملكه بنفس الإجراءات الشكلية التي تم بها التصرف فيكون إلغاء الحق بـنفس الشكل الذي نشأ به.

أما إذا طرح النزاع على القضاء فيما أن المشرع لم يبين طبيعة هذا الرجـوع ولـم يخصه بأحكام معينة ، فانه لا يعدو وان يكون فسخا قضائيا لان البطلان لا يكون في عقد الهبة إلا في حالة اختلال احد القيود الواردة في المادة 206 من قانون الأسرة.

وزيادة على هذا الاستثناء من قاعدة عدم الرجوع في الهبة، يستطيع الواهب فسـخ العقد إذا كانت الهبة معلقة على شرط، وتقدير الفسخ أو عدمه يخضع لقاضي الموضـوع

حسب القواعد العامة. كما له حق طلب إبطال عقد الهبة إذا شاب رضاه أحد عيوب الرضاء.

وأهم أثر يترتب على فسخ العقد طبقا للقواعد العامة في القانون المدني هو رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد بإرجاع الموهوب لمالك الواهب وإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض.

ثالثا: ربط الهبة بالمشروعية

إن المشرع عندما أقر بصحة عقد الهبة، رغم انتفاء التوازن الاقتصادي للعقد وذلك بافتقار الواهب عن طواعية واختيار، وإثراء الموهوب له دون مقابل أو عطاء. شدد على أن يكون من أجل أغراض مشروعة كتحقيق مصلحة حالة أو محتملة لمتلقي الهبة.

و على هذا الأساس فالبحث عن السبب في عقد الهبة لا بد أن يتجه إلى الباعث أي الدافع للواهب على الهبة بمعنى الهدف الذي جعل الشخص يلتزم سواء أكان القصد منه الخير العام أو قصد خيرا خاصا بعينه قصد التودد والتقرب أو المحاباة.

فإذا قصد الواهب من الهبة تحقيق أغراض غير مشروعة، كإقامة علاقة غير مشروعة مع الموهوب له، أو الاستمرار في العلاقة، أو كان القصد منها الإضرار بالورثة، فإن العقد يقع باطلا، لعدم مشروعية السبب وهو ما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني .

و لكي يصح عقد الهبة قائما بأركانه لا بد أن يكون السبب فيه موجودا حقيقة وصحيحا لا موهوما كما يجب كذلك أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. بما أن الباعث شيء ذاتي وشخصي يرتبط بالشخص لا بالعقد، فلا تبطل الهبة لعدم مشروعية الباعث إلا إذا كان الموهوب له يعلمه أو يستطيع أن يعلمه.

وهذا النوع من الحماية يجلي تصور المشرع لالتزامات المتعاقدين، لأن إطلاق العنان للإرادة في حرية التصرف دائما ما يحاط بمعالم ترجع المتعاقدان إلى ما يصون مصالحهم. فهي حماية مزدوجة التأثير، لأن الواهب عندما يصطدم لا محالة بقيد المشروعية، فهو أمام فرضين: إما أن يتراجع عن الهبة قبل أن يسلم المال الموهوب، وفي هذا حفظ لماله فضلا عن حفظ الكليات المكفول حفظها بعد ذلك. و الفرض الثاني: أن يبرم العقد ويتم التسليم، ولا تفوت مصلحة الواهب في هذا الفرض أيضا بإعمال مكنة

إبطال العقد لعدم مشروعية السبب. أما الوجه الثاني للحماية فهـو حمايـة الخلـف مـن تصرف الواهب الضارة.

رابعا: قيدا الحجر وعدم نفاذ التصرف

زيادة على الوسائل المذكورة آنفا والمقررة لحماية الواهب نلمس في الواقع القـانوني العملي وسيلتان هامتان عادة ما يلجأ إليهما من يتضرر ماليا من إبرام عقد الهبة.

تتمثل الوسيلة الأولى في الحجر المشار إليه في المبحث الأول والمقرر بالمواد مـن 101 إلى 108 من قانون الأسرة، فإذا حكم القاضي بالحجر تبطل التصـرفات الصـادرة بعده، و كذا التصرفات الصادرة قبله إذا كانت أسباب الحجـر ظـاهرة وفاشـية وقـت صدورها. وإذا كانت الوسيلة تمنح للمتضرر من التصـرفات جميعهـا دون حصـر أو استثناء فمن باب أولى أن يستفيد منها الواهب أو من له مصلحة في طلب الحجر، إذا كان الواهب قد تصرف في ماله وهو في حالة صحية تتنافى مع حسن التدبير و التسيير ممـا يستوجب الحد من حق الواهب في أن يتصرف في ماله كيفما يشاء، صونا لمصالحه.

أما الوسيلة الثانية فتكمن في دعوى عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين إذا كانت هذه التصرفات من شأنها أن تضر بالدائن رافع دعوى عدم النفاذ. وبما أن المتبرع يبـرم تصرفا ضارا له ضررا محضا، حق لدائنه التمسك بعدم نفاذ التصرف فـي حقـه، دون حاجة لإثبات سوء نية الواهب والموهوب له. وهذه الدعوى لـيس مـن شـأنها إبطـال التصرف، وإنما يتقرر عدم نفاذه فقط، ومنها عدم نفاذ عقد الهبة في حق دائن الواهب، إذا كان عقد الهبة يستغرق أموال الواهب المدين، بحيث لا يستطيع الوفاء بما عليه من ديون خاصة لرافع دعوى عدم نفاذ عقد الهبة في حقه.

خلاصة الفصل الأول

إن كفاية التراضي لصحة العقد و توازنه نظرية مقبولة أثبت الواقع القانوني فاعليتها بالنظر إلى الإيجابيات المتعددة التي انعكست على النظرية العامة للعقد. غير أن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، والتشبث بكل ما اشتق منه من حرية في التعاقد و قوة العقد الإلزامية قد رتب بعض النتائج غير المرجوة وصفت بالجائرة من بعض الفقه الذي نادى بالبحث عن آليات فعالة للحد من مثالب المبدأ وتقييد سلطانه.

و حتى يكون الفقه منصفا، كان من الأولى أن تنصرف الآراء الفقهية إلى بعث روح التجديد و التفتح على تطورات العصر و توجهاته الحديثة. لأن المبدأ في حد ذاته مبدأ سليم ما يزال صالحا لأن يطغى على قانون العقود مسيطرا على كافة المعاملات المالية، دون إنكار وجوب اصطباغه بالمرونة اللازمة للتكيف مع كل جديد مستحدث.

وندلل على ذلك بالانطلاق من مسلمة لا بد منها، و هي أن المشرع إذ يعترف بالمبدأ ويقر من خلاله بكفاية التراضي الصحيح لتحقيق التوازن في العقد، قصد إقامة العدل و تحقيق المساواة، و ما ترك الأفراد يقررون ذلك بمفردهم إلا لتأكده من استطاعتهم حماية مصالحهم. و من أجل ذلك شدد على وجوب صحة التراضي بإيلاء الإرادة حيزا معتبرا من الاهتمام، فاشترط إرادة حرة سليمة مدركة و قادرة، ورتب على انعدامها البطلان وعلى فسادها القابلية للإبطال. و اعتبر العقد صحيحا ومتوازنا متى أنشأته إرادة بهذا الوصف من الكمال، لأن الشخص السوي المريد أعرف الناس بمصالحه وفائدته من العقد.

إلا أن عدم التزام المتعاقدين بحقيقة المبدأ، بإفراطهم في ابتغاء تحقيق مصالحهم قد رتب نتائج وخيمة على النظرية العامة للعقد بسبب الاندفاع الفطري غير الموجه، استدعى تدخل المشرع لتوجيه هذا الانحراف عن المسار المرسوم.

فراعى ضرورة تحقيق التوازن المادي في العقود، بآليات متعددة على وجه الاستثناء من قاعدة تحقق المساواة و التعادل بين المتعاقدين المفترضة، مستجيبا إلى إلحاح الفقه بنظرية العدالة التبادلية، ونظرية منفعة العقد، ونظرية التوقعات المقبولة، خاصة في ظل تباين قدرات المتعاقدين و اختلافاتهم، وتنوع العقود و مستحدثاتها. و هو عين ما تستدعيه روح التحيين التي تتسم بها كل المبادئ التي تتكيف مع كل جديد، مع التمسك بكل ماهو مكتسب مفيد.

الفصل الثاني : توازن العقد من خلا تعادل الأداءات

لقد أدى الانحراف عن المسار الذي رسمه المشرع للمتعاقدين إلـى البغـي علـى بعضهم فنتجت مظالم كثيرة، بسبب الإفراط في الحرية التعاقدية و التطرف فـي ابتغـاء المصالح الشخصية، دون مراعاة تأثيرها السلبي على لطرف الآخر في العقد.

فأدى التفاوت بين المتعاقدين إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقـد، و لـم يعـد الشخص بمفرده قادر على الدفاع عن مصالحه، وتحقيق العدل في علاقته مع الغير، ولـم يعد التراضي وحده كاف لتحقيق التوازن في العقد.

و إن كان للإرادة الدور البالغ الأهمية في مراعاة التوازن واتجاهها إلـى تحقيقـه حال التقائها مع إرادة تماثلها قدرة وفق التصور الشخصي، فإن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق العدل، لأن العقد يستمد قوته الإلزامية من كونه عقدا عادلا.

فقد آن الأوان لنخرج من سلطان الإرادة إلى إرادة السلطان، و من قـانون الإرادة إلى إرادة القانون. و الانتقال من الإرادة الفردية الحرة إلى عيممة العقد بتدخل المشرع في تكوينه وتحديد مضمونه، ومن النزعة الفردية إلى الجميعة باعتبار العقد أداة لتحقيق النفع العام. ومن تطرف مراعاة المصلحة الشخصية أثناء التعاقد إلى مبادئ الثقة والتعـاون و التضامن.

وبما أن القانون هو فن الحق والعدل، فقد انصرفت إرادة المشرع إلى إيجاد آليات متعددة لمعالجة مختلف التفاوتات الاقتصادية الحاصلة أثناء إبرام العقد، أو عنـد تنفيـذه بصفة استثنائية أملتها ضرورة التدخل في قوة العقد الملزمة للحد من غلواء الإرادة.

وحري بنا حتى نلم بفكرة توازن العقد من خلال تعادل الأداءات، أن نعمـد إلـى تبيان مراعاة المشرع لتوازن الأداءات في العقود (المبحث الأول) قبل أن نتطرق إلـى الآليات التي عالج بها المشرع مختلف حالات الاختلال بصفة استثنائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مراعاة المشرع لتعادل الأداءات في العقد

إن التفاوت بين أداءات المتعاقدين أمر طبيعي في المعاملات المالية لتباين المصالح فكل طرف في العقد التبادلي يرجو تحقيق فائدة متناسبة مع العطاء المقدم، بل يأمل فريق من المتعاقدين أن يحقق نفعا بأقل قدر من الالتزامات. وهو أمر مجبول عليه كثير مـن الناس. ولا يعد ذلك منقصة لأن الشخص السوي المريد يجب عليه أن يسعى إلى تحقيـق مصالحه، لكن المتعاقدين عادة ما يبغون على بعضهم وهم بصـدد البحـث عمـا يشـبع رغباتهم، مما يؤدي إلى تفاوت بين أداءاتهم.

و إن كان المشرع يتقبل التفاوتات البسيطة، ولا يرتب عليها أي جزاء تما شيا مع واقع المعاملات والمنطق القانوني، إلا أنه لا يغفل وجوب تحقيق التوازن المـادي للعقـد متى كان هذا الاختلال مؤثرا في العلاقة التعاقدية نتيجة التفاوت الكبيـر بـين تقـديمات المتعاقدين.

و من أجل ذلك سوف نتعرض بداية إلى مرتكزات فكرة تعادل الأداءات في العقد (المطلب الأول) ثم نتطرق في (المطلب الثاني) إلى دور حسـن النيـة فـي إحـداث التوازن.

المطلب الأول: مرتكزات فكرة تعادل الأداءات في العقد

رأينا فيما سبق أن فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضـي ارتكـزت علـى مرتكزات و انبنت على أسس جعل من اليسير تقبلها في ظل مذهب معين، بل لا يكـاد يرفضها إلا المغالين من أنصار المذهب المادي. ويحسن بنا أن نعرض إلى فكرة تعـادل الأداءات في العقد فنبين مدلولها في (فرع أول) ثم نتطرق في (فرع ثان) إلى معايير التوازن المادي للعقد و إلى أن اختلال التوازن مدعاة لتعديل الالتزامات غير المتكافئة في (فرع ثالث).

الفرع الأول: فكرة توازن العقد من خلال تعادل الأداءات

إن فكرة التوازن المادي للعقد أملتها التطورات الاجتماعية والاقتصادية المتسارعة الحاصلة في مختلف المجتمعات المعاصرة، هته التطورات التي ما فتئت تلقـي بظلالهـا على المعاملات المالية بين الأفراد، ومنها العقود المدنية، حتى أوغلت في تأثيرها علـى النظرية العامة للعقد. فالعقد أصبح ينظر إليه كأداة لتحقيق النفع عامه و خاصه، ولم يعـد

العقد شأن عاقديه لا يطاله التعديل ولا يبحث في الأداءات المتقابلة وتوازنهـا، بـل هـو الوسيلة المثلى لتحقيق العدالة.

وعلى هذا الأساس ظهرت نظريات تطالب برفع الغبن عن الطرف الـذي يتـأثر مركزه المالي نتيجة العقد الذي أبرمه، ومنها ما يطالب بالتعرض إلى حالات الاسـتغلال المتعددة التي يتعرض إليها ضعاف النفوس، فيغبنون من حيث لا يشعرون. كما ظهـرت نظريات أخرى تجابه التعسف أثناء التعاقد وتعتبره أحد أهم عوامل هـدم قـانون الإرادة، والتصدي لما تحتويه تلك البنود المجحفة وإحداث التوازن المادي للعقـد عـين العدالـة، والقانون الحق الذي يجب أن يسود العقود. كما تستند فكرة التوازن المادي للعقـد علـى نظرية تعديل التزامات المتعاقدين لعامل تغير الظروف.

ويقصد بالتوازن المادي للعقد، تحقق شيء من التعادل بين أداءات المتعاقدين التي يفترض فيها التباين، و لا يتقبل فيها الغبن الذي لا يؤثر في صحة العقد كأصل عام ما لم يقترن بظروف خاصة وعوامل معينة وشروط مقترنة بالعقد. ويقترب من هـذا المعنـى تعادل اقتصاديات العقد، وتعادل الأداءات المتقابلة، وتكافؤ الالتزامـات و هـو التكـوين المتناسق لمضمون العقد.

فينظر إلى التوازن المالي للعقد من خلال جميع شروطه وبنوده، فلا يفصل عنصر من العناصر المكونة لمضمون العقد لادعاء عدم التوازن. لأن التكوين المتناسق لمضمون العقد يجب أن يحدد بشكل إجمالي يشمل جميع مراحل انعقاده، من الإنشاء إلـى التنفيـذ. فالتوازن يعنى باقتصاديات العقد التي تمثل التنظيم الداخلي للعقد بالنظر إلى الالتزامـات المتبادلة والعوض الذي يتحصل عليه أطراف العملية التعاقدية.

و عليه يمكن التفريق بين مراعاة اقتصاديات العقد وفكرة التوازن المادي للعقد، من حيث أن الأولى تعنى بتنظيم مضمون العقد وجعله متناسقا، في حين يعنى التوازن بتحديد بعض صفات المضمون العقدي المحدد بشكل إجمالي.[1]

---

[1] L. FIN. LANGER, l'équilibre contractuel, LGDJ, 2002, n° 237. Cité par, MUSTAPHA MEKKI , op. cit,p, 789.

كما يمكننا التفريق بين العدالة العقدية والتوازن المادي للعقد كون العادلـة الغايـة المثلى التي ترمي إليها فكرة التوازن المادي للعقد والتي قـد تمثـل إحـدى مرجعياتهـا الأساس. وإذا كانا يتفقان حول الهدف الذي يرميان إليه وهو مراعاة تحقيق التعادل بـين الأداءات، بالأخذ بيد الطرف الضعيف في العملية التعاقدية و إسعافه بآليات لحمايته ورفع الغبن عنه، و الحد من سيطرة الأقوى مركزا و معالجة تعسفه، إلا أن العدالة العقدية تبقى فكرة غير واضحة، ويمكن تصورها بعيدا عن وجوب التعادل بين التزامات المتعاقدين.

ويكون الأقرب إلى تصور المشرع الأخذ بفكرة التوازن التعاقدي، الذي لا تلغـى فيه إرادة الأطراف القادرة على تحقيقه، وفق النظرة الذاتيـة سـالفة الـذكر، والتـي لا تتعارض مع الاعتداد بفكرة التوازن المادي للعقد، كلما دعت إلى ذلك الحالات الاستثنائية التي تتطلب معالجة منفردة خاصة.

الفرع الثاني: معايير تعادل الأداءات في العقد

لا يوجد معيار ثابت في الفقه والقانون ولا حتى القضاء، يحدد من خلالـه وجـود التوازن المادي في العقد من عدمه، وذلك راجع لتنوع المعاملات المالية و كثرة العقـود مع تجددها من حيث تكوينها باستعمال وسائل متعددة قديمها وحديثها، وكذلك مـن حيـث التنفيذ وطرق الوفاء وترتيب الآثار التي صارت تنصرف إلى غير المتعاقدين.

وقد حاول البعض إعطاء معايير للتوازن المادي للعقد، لكنها محاولة لا تخلو مـن نقائص، نذكرها بعد عرض هذه المعايير كما ذكرها الأستاذ " L. FIN. LANGER "

في كتابه سابق الذكر وقد اقترح التنسيق بين أربعة معايير لتحقيق التـوازن فـي العقـد وقسمهما إلى مجموعتين المجموعة الأولى تهتم بالنوعية وقدر العوض من تقابل وتبادل، ومجموعة أخرى تهتم بالتقدير الحسابي هي التعادل والمواءمة.[1]

فمعيار تقابل الالتزامات يفترض في العقود التبادلية، انطلاقا من فكرة وجود السـبب المقابل لأداءات الأطراف، فكل التزام من أحد المتعاقدين بفعل شيء أو بمنح يقابله فعل أو

[1] "deux qualitatifs, la réciprocité et la commutativité, et deux quantitatifs, l'équivalence et la proportionnalité". MUSTAPHA MEKKI, op. cit,p, 787 .

منح مهما كانت قيمة الأداء المقابل، و يكمن الخلل في التوازن من خلال هذا المعيار إلى غياب هذا المقابل، لعدم تنفيذ طرف ما في العقد لالتزامه.

أما التوازن المادي من خلال معيار التبادل فـيكمن فـي العـوض الـذي يتلقـاه المتعاقدان الذي يجب أن يكون ذا قيمة مالية بغض النظر عن مقدارها، وفي وجود هـذه المنافع والمصالح المادية المتبادلة يحدث التوازن المادي في العقد وبتخلفها يحدث الخلل.

ويمكن إضافة عنصر ثالث إلى معياري التقابل والتبادل، يتمثل في معيار الارتباط يتطلب بقاء التقابل والتبادل بين الالتزامات من وقت إنشائها إلى حين تنفيذها، ارتباطا فنيا يعكسه تراضي المتعاقدين على تحمل كل منهما قدرا من أعباء التعاقد، وفاء وتعاونـا، و هذا الارتباط بين الالتزامات من شأنه أن يعزز المعيارين في وجود التوازن وبقائه.

ولعل أقرب معايير التوازن المادي للعقد هو معيار التعادل بين الأداءات المتقابلـة وهو يعتبر تقدير حسابي عكس المعايير السابقة التي تعنى بنوعية تبادل الالتزامات.

وهذا المعيار يقترب من نظرية النفع والعدل التي قال بها غستان[1] ومفادها أن العقد لا يتمتع بقوته الإلزامية إلا لكونه مفيدا وعادلا، فالعقد ملزم لأنه مفيد كما أنه ليس ملزمـا إلا لأنه عقد عادل، والمنفعة بحسب غستان نوعان: منفعة شخصية و منفعـة عامـة. و القانون لا يمنح للعقد هذه القوة الملزمة إلا لكونه يسمح بتحقيق عمليات نافعة اجتماعيـا، ويترتب على هذه الوظيفة مشروعية تبعية العقد للمصلحة العامة، مـع الاحتفـاظ بـدور أساسي للإرادة الفردية لأنها تسعى لتحقيق منفعة اجتماعية. وتهدف نظرية منفعـة العقـد الاجتماعية إلى تكريس مبدأ الحرية و المسؤولية ومبدأ الاستقرار القانوني.

و انطلاقا من أن العقد يعتبر أداة للتبصر أو التوقع من جهة واعتباره مـن جهـة ثانية وسيلة لتبادل المنافع الآنية أو المستقبلية، فإن تحقيق هذه الفوائد لا يكون إلا في إطار القوة الملزمة للعقد الضامنة للائتمان، لأن المتعاقد يلتزم بتحقيق هذه المنافع بالتزامه بتنفيذ العقد. بالمقابل يستمد العقد قوته الإلزامية من كونه عقدا عادلا.

---

[1] J.GHESTIN, L’utile et le juste dans les contrats,D. 1982, chr.1.

أشار إليه الأستاذ: عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 46.

الفرع الثالث: اختلال التوازن مدعاة للتعديل

إذا كانت المعايير السابقة تدل على وجود التوازن، فإن القول بتعديل الالتزامات غير المتكافئة يتطلب وجود خلل في هذا التوازن، الذي ينتج عن التفاوت بين أداءات أطراف التعاقد، تفاوت تعرض له المشرع في حالات مختلفة وبنصوص متفرقة.

زيادة على اشتراط أن يكون هذا الاختلال الناتج عن الالتزامات المتفاوتة، مؤثرا على اقتصاديات العقد بشكل يهلهل التوازن في مضمون العقد إجمالا، فقد اشترط المشرع للقول بوجود خلل في التوازن، أن يكون التفاوت كبيرا بين أداءات المتعاقدين، فلا تكون العبرة بالتباين الفاحش أو الجسيم ما يؤدي إلى انهيار التوازن الاقتصادي بين الالتزامات وهو ما يفسر إجازة المشرع لفسخ العقد في المادة 3/561 كجزاء قاس على هذا الانهيار الذي يصل إلى حد القول بانعدام المقابل الذي يبرر الخروج عن القاعدة العامة المقررة لقوة العقد الملزمة.

كما لا يمكن اعتبار الخلل في التوازن نتيجة التفاوتات البسيطة، مألوفة الحدوث وشائعة الوقوع، وهي تفاوتات يسيرة يمكن استبعادها وعدم إعارتها أي درجة من الاهتمام أو الاعتداد القانوني، لانتفاء ترتيب أية آثار عند توافرها، وعليه يمكننا استبعاد التفاوت اليسير من شروط الخلل الموجب للتدخل لتحقيق التوازن المادي للعقد. وباستبعادنا للتفاوت الجسيم الفاسخ، والتباين اليسير المألوف، لا يسعنا إلا التسليم بمصطلحات المشرع الذي تطرق إلى المقابل العادل، الشيء المعادل، التزامات متفاوتة كثيرا، تعديل الشروط ...إلخ.

وهذا تماشيا مع تصور المشرع الرامي إلى استقرار التعامل والأمن القانوني، زيادة على تحقيق العدالة التعاقدية لأنها مبتغى القانون.

ويرجع تقدير مدى تأثير التفاوت على التوازن المادي للعقد لقاضي الموضوع الفاصل في بلوغ الاختلال الدرجة التي توجب التعديل بالنظر إلى عدة عوامل أو مؤشرات، كقيمة التبادلات المرتكزة على قيمة السوق، وغيرها من المعايير المرنة التي يهتدي بها القاضي لتحديد وجود الخلل بعدم تناسب قيمة المنفعة مع الأداء المقدم.

المطلب الثاني: مبدأ حسن النية يضمن التوازن في العقد

يقصد بحسن النية الإخلاص والاستقامة و الأمانة في التعامل مع الطرف الآخر في العقد، إذ يتفق مظهر المتعاقد مع مخبره بما يتنافى مع كل غش أو تدليس أو تعسف.

و النية هي قصد يليه انعقاد العزم على أمر معين يرتب عليه القانون أثرا من الآثار، يؤثر عليها الضمير، و يحركها الباعث ويدفعها نحو تحقيق الفائدة من التعاقد.

فالنية أمر خفي يختلج في النفس لا تجليه إلا تصرفات الشخص حين إقدامه على التعاقد أو أثناء تنفيذه لما تعهد به من التزام، ويستدل بحسن النية أو بسوئها من خلال سلوك المتعاقد. ويكون المتعاقد حسن النية إذا كان أمينا في تعاقده مفضيا و متعاونا، في استقامة دائمة من أجل الوفاء بالعقد الذي التزم به غير متمسك بحرفيته تعسفا.

وقد حاول الفقهاء الاستنجاد بمبدأ حسن النية وإمكانية جعله مبدأ عاما كفيل بتحقيق التوازن في العقد، باعتباره وازع ذاتي بمقدوره أن يكبح إرادة المتعاقدين في تحقيق مصالحهم دون أدنى مراعاة لمصالح الأطراف الأخرى في العملية التعاقدية.

فقد اتضح أن مبدأ الحرية التعاقدية أصبح يؤدي سوء استخدامه إلى الظلم بسبب إطلاقه، و إلى الاستغلال الممقوت عرفا و المحظور قانونا، ويكون من الطبيعي اللجوء إلى حل من خارج العقد بغية معالجة التوازن داخل هذا العقد. و لا غرو إذا كان مبدأ حسن النية يشمل كل العقود ويظلها بظلاله، فلا تكاد تجد عقدا إلا ولحسن النية فيه حضور وتواجد.

وعليه، سيتم التطرق إلى مبدأ حسن النية ودوره في إحداث التوازن في العقد من خلال التطرق إلى مظاهر حسن النية (الفرع الأول) ثم إلى الأثر الذي يتركه مبدأ حسن النية في أداءات المتعاقدين (فرع ثان).

الفرع الأول: مظاهر حسن النية

إن حسن النية و هو يحيط بالعلاقة التعاقدية من كل جوانبها و في كل مراحلها، يعتبر صمام الأمان في العقود، في مرحلة ما قبل التعاقد ومرحلة إنشاء العقد، كما يعتبر ضمانا لتنفيذ العقود كما أرادتها النية المشتركة للمتعاقدين. لأن العقد المبرم بهذه الأخلاق العالية في ظل مبدأ حسن النية، هو عقد متوازن بذاته، لا يحتاج غير إرادة طرفيه في إحداث التوازن حتى ولو اشترطا تحقيق التوازن المادي في العقد المبرم بينهما.

لأن تعاضد و تضامن الطرفين يقتضيان تحقيق مصلحة الطرفين معا، وهو ما لا يـتم إلا بالتنازلات المتفق عليها بأمانة و صدق و إخلاص، وتعـاون و إفضـاء مـن أجـل الحصول على ما استهدفته الإرادة المشتركة من تحقيق النفع و العدل معا، و هو ما سوف نتبينه من خلال المظاهر التالية.

أولا: افتراض أمانة المتعاقد

تعتبر الأمانة مظهرا من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، ذلك أن أطراف العمليـة التعاقدية ينبغي أن يكونوا على قدر من الاستقامة، تؤهلهم لأن يكونوا محلا للثقة المتبادلة يثق في توافرها كل طرف في العقد بالمتعاقد الآخر لما يفترضه فيه من نزاهة و أمانة و شرف وإن كانت العقود تقوم على مصالح متعارضة، الأمر الذي يجعل كل طرف يحتفظ لنفسه بأشياء تحقق له أكبر فائدة، فإن هذا الحق تقيده قواعد العدالة وحسن النية. وقد أولى المشرع اهتماما بالغا بنزاهة المتعاقدين النابعة من أمانتهما والثقة المتبادلة بينهما؛ بل إنـه قد ارتكز عليهما عند البحث عن النية المشتركة و استخلاص الإرادة الحقيقية وذلـك إذا احتاج القاضي إلى تأويل العبارات الغامضة، فجعل من الأمور التي يستهدي بهـا، مـا يفترض في المتعاقدين من أمانة وثقة.

و ترتبط اعتبارات الثقة بالأخلاق ارتباطا وثيقا وكلاهما يفرض على أطـراف العمليـة العقدية قدرا من الشرف والنزاهة و الأمانة. و لذلك جعل المشرع العقود التـي تنطـوي على الغش والخديعة، وتقترن فيها نية التضليل مع إرادة التعاقد عقـودا مشـوبة بعيـب يعرضها للإبطال.[1]

إن النزاهة المعبر عنها بالأمانة والثقة المنبثقتين عن النية الحسنة صفات متوخاة إمـا لذاتها و إما لمؤداها، لأنها المعبرة عن الاستقامة في الخلق وهو أمر يتعلق بالشخص نفسه إلا إذا اقترنت تلك السجايا بالسلوك وتقاطعت مع سلوكيات الغير فتحتاج إلى استقامة مـع الخلق وهذه الاستقامة هي التي يعبر عنها بتنفيذ الالتزامات بإخلاص.

---

[1] أنظر، المادة 86 من القانون المدني و ما بعدها.

ثانيا : افتراض تعاون المتعاقدين و تعاضدهم

إن المتعاقد إذا كان مأمون الجانب ، أهلا للثقة، نزيها سمحا، يفترض أن تتوافر في تعاملاته المالية نية التعاون، لأن الأمانة و التعاون يخرجان من مشكاة واحدة و هي النية الحسنة لصاحب الطوية السوية.

وإذا كان من الأمانة والثقة ألا يجعل أحد الطرفين من تنفيذ الالتزام عسيرا، فإن الالتزام بالتعاون يفرض على المدين بذل الجهد لجعل تنفيذ الالتزام مفيدا بالنسبة للدائن، وعلى الدائن أن يبدي تعاونه مع المدين بمساعدته في الوفاء بالتزاماته.

و بما أن واجب التعاون لا يتصور إلا في العقود الملزمة للجانبين، فهو في عقود الأمانة أكثر تجليا ويكاد يكون أساس قيامها مبنيا على التعاون، كما هو الفرض في عقد الشركة لأن المساهمة من معانيها نية الاشتراك في الربح والخسارة.

و في عقد التأمين والذي يعتبر من عقود حسن النية المطلقة، يجب على المؤمن له إخطار المؤمن بكل ما يطرأ من ظروف أثناء تنفيذ العقد، وبكل الحوادث التي من شأنها زيادة المخاطر وبالتالي يجب أن تسيطر على تنفيذ العقد روح التعاون بين الأطراف لتحقيق الغاية المشتركة.

كما ألزم المشرع المستأجر بواجب التعاون وذلك بإخطار المؤجر بما تحتاجه العين المؤجرة و تستلزمه من ترميمات أو إصلاحات، أو بتعرضها للضرر أو الخطر.

و انطلاقا من أن العقود جميعا قوامها في التنفيذ حسن النية، فإن الالتزام بالمصارحة ينطبق على العلاقات التعاقدية. ويتدرج الالتزام بالمصارحة، ليصل إلى الالتزام بالتحذير أو بالتنبيه، إذا كان المنتج خطيرا. وهو ما يعبر عنه بواجب الإفضاء، الذي يحوي المصارحة والتنبيه والتحذير و ينطلق من التعاقد بأمانة ليصل إلى التعاون بصدق.

و إذا كان من مظاهر حسن النية الأمانة والنزاهة والثقة والمتبادلة و التعاون المستمر، من إعلام واستعلام وإفضاء وتحذير وما إلى ذلك من تنبيه لمخاطر المنتج وتبيان تقنيات استعماله إذا كان من الوسائل الالكترونية الدقيقة، وما تستدعيه من شروط الإحاطة بنظام المعلوماتية؛ فإنه من فضل القول ألا يتمسك أي من المتعاقدين بنصوص العقد وحرفية بنوده لأن ذلك من صور التعسف التي تتنافى وروح التعاون والنزاهة والصدق في التعامل، انطلاقا من عدم التقاء نية الإضرار مع نية التعاون بإصرار.

ثالثا: مبدأ حسن النية مستغرق في التضامن التعاقدي

إن النظرة الحديثة للعقود تفترض أن يتعاون طرفا العقد على تحقيق مصالحهما من العقد المبرم بينهما كتعبير على حسن النية الذي يوجب فضلا عن على الثقة والأمانة، واجب المعاضدة كما تم بيانه، ويمكن إضافة التضامن التعاقدي الذي يتقاطع مع حسن النية في هذه المظاهر و ما يتفرع عنها.

و يتحقق التضامن التعاقدي من خلال سعي كل متعاقد لتحقيق مصلحته بتحمل أعباء العقد الذي يجب أن يتوافق ليس فقط كمهمة ضمان استمرارية منفعة المتعاقد معه، ولكن أيضا السعي إلى تحقيقها، فتحمل المنفعة هو تحمل المسؤولية.

من خلال دراسة علاقة أطراف العقد اتضح أن الفائدة من العقد تظهر من إرادة المستفيد فهي محدودة بتعبير كل طرف عن مصلحته من العقد بتبادل الرضا. أما في ظل التطورات الحديثة لنظرية العقد، فإن هذا التحليل يستحق أن يثرى بفكرة مفادها: أن فائدة كل متعاقد يجب أن يتحملها الطرف الآخر. لأن تحمل أعباء المنفعة يميز أحد عناصر التضامن بين الأطراف. هذا التحمل يجب أن يكون متبادلا، بقيام كل طرف بنفس المهمة التي يقوم بها المتعاقد الآخر، فكل طرف يبوح بمصلحته إلى الطرف الآخر ويتحمل أعباء فائدة الطرف الآخر مما يسمح بتأكيد أن علاقة الأطراف في العقد، هي علاقة تبعية تعاونية وداخلية، تنبثق من وجود فائدة للطرفين من العقد، هذه التبعية لا تعني خضوع أحد الطرفين كشخص لطرف آخر، كونها ترمي إلى فائدتيهما بغض النظر عن شخصيهما.

وإذ نستبعد العلاقة العاطفية من وداد وأخوة من رابطة التضامن التي يجب أن تسود العقود نقر بأن علاقة التضامن هي علاقة قانونية اقتصادية. يميزها الإحساس بالثقة المرتبط بالعلاقة التعاقدية. هاته الرابطة التي تتأرجح بين القوة والضعف بالنظر إلى درجة اللامساواة بين الأطراف، والثقة المتبادلة بينها، وكذلك بالنظر إلى المصالح المشتركة والملاءمة.[1]

[1]ANNE - SYLVIE COURDIER - CUISINIER, Le solidarisme contractuel, darentiere à dijon-quetigny, 2006 p 74, et suite.

فإذا كان كل متعاقد عند إبرام العقد يقبل تحمل أعباء فائدة العقد من الطرف الآخر الذي يعلمه بها لهذه الغاية؛ فإن ذلك يسمح بتحقيق مصلحة كـل طـرف، وذلـك إذا توافقـت المصالح، لأن انسجام المصالح الخاصة بأطراف العقد، يمثل تناسقا لعناصـر مضـمون العقد، و يحكم هذا التوافق المؤدي إلى التضامن التعاقدي معياري الملائمة والانسـجام، المشار إليهما آنفا.

و إذا كان حسن النية يعتبر مفهوما غير دقيق، مما يسمح بنوع مـن المرونـة فـي تطبيقه إلا أنه لا يجب أن يضم هذا الغطاء كل المعاني و المفاهيم الأخرى، فحسن النيـة لا يطبق إلا فيما يتعلق بعلاقة الأطراف فيما بينها، مما يستوجب الفصل بينه كمفهـوم و بين مفهوم التضامن التعاقدي، الذي يشكل مجال تطبيق أوسع من مبدأ حسن النية، وبتعبير أدق حسن النية مستغرق في مفهوم التضامن، حيث أن التحمل المتبـادل للأعبـاء مـن الأطراف للمنفعة المكتسبة من نفس العقد تتضمن بالضرورة الأخذ بعين الاعتبـار هـذه المنفعة المنحصرة في علاقة الأطراف، وبالتالي فهي تفتقـر للعنصـر الثـاني المكـون للتضامن التعاقدي، و المتمثل في: توافق المنافع و هو الذي يوضح الطريقة المنظمة التي يجب أن تكون عليها عناصر مضمون العقد.

و نستطيع الجزم أن التضامن التعاقدي غير مؤسس على شرط وجود حسـن النيـة، وغير مندمج فيه. فالتضامن التعاقدي مكون من عنصرين مختلفين ولكنهما غير منفصلين وهما : علاقة التضامن بين الأطراف، والتوفيق بين المصالح. يرمي العنصر الأول إلـى العلاقة بين هذه الأخيرة كل طرف منها يجب تحمل مصالح الطرف الآخر فـي العقـد، والعصر الثاني يتعلق بمحتوى العقد. وتوافق المصالح ينطبق مع التوزيع العادل للتكاليف والأرباح التعاقدية ويتلاءم أيضا مع توازن المضمون العقدي، لكونه شرط وجود علاقـة التضامن[1]

و من خلال ما تم بيانه يتضح لنا دور التضامن التعاقدي في تحقيق التوازن في العقد بسعي كل طرف بصدق وأمانة وتنازل وإفادة المتعاقد الآخر بما يحقق مصلحتيهما معا.

[1]-ANNE - SYLVIE COURDIER - CUISINIER,op. cit. p 324 325.

و إذا كان التضامن التعاقدي يشمل مبدأ حسن النية، كما أشير إليه في المرجع أدناه نظرا للخصائص المميزة له و عناصره المختلفة، فإن ذلك لا يكون إلا في ظل النظرة القاصرة لمبدأ حسن النية، التي تحصر له المجال فلا يتجاوزه، و تحد له الأفق فلا يتعداه.

أما إذا نظرنا للمبدأ ببعديه الأخلاقي و القانوني، في تكامل و ارتقاء فلا منـاص مـن التسليم بأن التضامن التعاقدي يعتبر مظهرا من مظاهر مبدأ حسن النية يستغرقه المبدأ و يحتويه لما له من الأثر البالغ في العلاقة التعاقدية، كما أن التضامن التعاقدي يعتبر غاية أخلاقية رسم الفقه معالمها، لا يعتد بها القانون إلا إذا تقاطعت مع يقره القانون من مبادئ و قواعد ونصوص، و ليس أقرب إلى مظهر التضامن التعاقدي من المبادئ التي يخصها المشرع بنص خاص كمبدأ حسن النية سعة و توافقا.

الفرع الثالث: أثر حسن النية على أداءات المتعاقدين

يفترض حسن النية ألا يتمسك المتعاقد بحرفية بنود العقد إذا كان فيها ما يضر بمصلحة المتعاقد الآخر، خاصة إذا تأثرت اقتصاديات العقد أو من شأنها أن تتأثر لو استمر الدائن في التنفيذ، وانطلاقا من اعتبار التوازن بين الأداءات في العقد مقصد المشـرع - مـن خلال عديد النصوص التي تطرقنا إليها - فإن التفاوت الفاحش بين المصالح المحققة من التعاقد و المؤدي إلى تضرر أحد المتعاقدين ضررا يفقد المعاوضة جانبها المادي الذي من المفروض أن يكون متوازنا، يتنافى والقيم المثلى التي يتبناها المشـرع و فـي مقـدمتها العدالة العقدية، و مراعاة المساواة، وابتغاء التوازن في العقد.

وبفضل خلقنة العقود، بتغلغل مبدأ حسن النية وما يفرضه مـن التزامـات الأمانـة و التعاون والتضامن على المتعاقدين، فإن مبدأ سلطان الإرادة أصبح موجها لفائدة الطرفين و مقيدا بمصلحتهما الواجبة التحقيق، و صار نفاذ العقد وتنفيذه منوطا بمقتضيات العدالـة والإنصاف وبمراعاة ظروف المتعاقدين وبكل ما يحقق المساواة بينهما. فلم يعـد العقـد شريعة المتعاقدين إلا بمقدار ما يحقق العدل والمساواة.

و إذا كان الأثر الأخلاقي لحسن النية لا يحتاج إلى مزيد من الإيضاح، فإن الـذي يحتاج إلى ذلك، هو الأثر القانوني حسن النية وتقاطعه مع فكرة التوازن في العقد، ليتسنى أخيرا إماطة اللثام عن المبدأ الذي نحن بصدد الارتقاء به.

وهذا التدخل تجليه ضرورة خلو مرحلة إبرام العقد من أي تـدليس ، أو إكـراه، أو استغلال لأن انتفاء هذه العيوب دليل على سلامة الإرادة وحسـن النيـة، فالعقـد ينعقـد بالتراضي و الذي لا يمكن تحققه إلا بعد الإحاطة بصفات المعقود عليه، وعلى هذا لا بـد وأن يكون العاقد على علم بالآثار التي تترتب على العقد الذي أقدم على إبرامه.

إن الملاءمة والمناسبة وجها التوازن البارزان يستعان بهمـا لمعرفـة مـا إذا كـان المتعاقدان قد توخيا عند إبرام العقد الواجبات الأساس التي من المفروض أن يلتزم بها كل متعاقد حسنت نيته، كاستبعاد الشروط التعسفية أو تمكين المتعاقدين من الإحاطـة التامـة بالمعقود عليه بما يفرضه واجب الإعلام والاستعلام، لأن الانسجام التعاقدي هـو ثمـرة واجبي الصدق والأمانة وانتهاكهما يؤدي نهائيا إلى استحالة تحقيق التوازن المبـدئي فـي العقد.

أما فيما يخص تنفيذ العقد فإن حسن النية والأمانة يلعبان دورا رئيسـيا فـي تحقيـق التوازن انطلاقا من أن حسن النية يكون له هدف ضمان التوازن فـي العقـد، واسـتعادة التوازن أثناء تنفيذ العقد. و لا يعتقد أن من يلتزم طوعا بالنصيحة والإفضـاء والتحـذير والتنبيه، أن يتهم بالتدليس أو الإكراه، أو استغلال المتعاقد الآخر. ذلك أن هذه الالتزامات تعكس حسن نية المتعاقد معه الذي يفترض افتراضا، لأن الإنسان يتصرف وفق الفطـرة السليمة التي جبله الله عليها.

و كلما توسعنا في معنى مبدأ حسن النية والواجبات الأخلاقية التي تسـتتبعه فـي إبرام العقود وفي أثناء تنفيذه وما يقتضيه من مراعاة الإخلاص والصـدق والتعـاون، و المشاركة والإفضاء، والتحذير كلما تجنبنا تعرض العقود إلى الفسخ. ويصـبح الالتـزام بحسن النية في التنفيذ، يغني عن الحاجة للالتجاء إلى الفسخ، أو تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ، أو المطالبة بالتعويض.

ولما كان الفسخ، أشد جزاءات القانون المدني خطورة، من أنه يدمر كـل المراكـز التعاقدية المستقرة، بأثر رجعي، ويتنافى والمقصود الأصلي من العقـود. و أن الإخـلال بحسن النية ونزاهة التعامل في التنفيذ يمكن أن يؤدي إلى الفسخ، فمن واجب المتعاقدين مراعاة تنفيذ التزاماتهما التعاقدية بما يتناسب مع حسن النية ، تجنبا لهذا الجزاء الذي لا يرتضيه المتعاقدان، فينقلب الالتزام من واجب تقتضيه النية الصادقة والإخـلاص إلـى حتمية تفرضها الجزاءات المترتبة على التعامل بما يخالف التعاون و الأمانة في التعامل.

كما أن إعمال حسن النية من شأنه أن يرعى مصالح الأطراف لأن القاضي عند بحثـه عن النية المشتركة للمتعاقدين إنما يستهدي بما يحيط بظروف العاقدين، زيادة على القضاء بما يقتضيه شرف التعامل والعدالة، وهو ما يتطلب من المتعاقدين استهداف المصـالح و طلبها بما تقتضيه مراعاة الأخلاق التعاقدية، ومنهـا مراعـاة الحـد الأدنـى لتـوازن التزاماتهما، بتجنب أحد المتعاقدين التنفيذ الحرفي للعقد مع عدم قدرة المتعاقد الآخر علـى ذلك.

والأثر القانوني لحسن النية يمكن أن نتبينه أيضا، بالنظر إلى مفهوم المخالفة لإبـرام العقود بسوء النية، بمعنى أنه في ظل غياب النية الحسنة أثناء إبرام العقود وما يقتضـيه

واجب الإفضاء، أو غياب الأمانة أثناء التنفيذ، وحاول محلها الغش وما يدور في ســاحته، والخداع و ما ينجر عنه، نكون عندئذ بصدد الحديث عن هذا الأثر.

و ننطلق من أن مظاهر سوء النية من غش وخداع و تدليس تتساوى مــع ســوء تنفيذ العقد، الذي يعتد به في ترتيب المسؤولية العقدية مع عدم التنفيذ، إذ يتوسط التــأخير في التنفيذ بغير عذر، و عدم تنفيذ العقد. فالذي ينفذ العقد مع علمه بوجــود عيــب فــي المعقود عليه، يكون سيء النية لا محالة، ولكن هذا السوء في النية لا يعــرض صــاحبه للاستهجان فحسب، وإنما يكون جزاءه قابلية العقد للإبطال إذا تمسك به المدلس عليه.

و إذا سلمنا باعتبار الغش في العقود وهو المنافي للأمانة إحدى مظاهر حسن النية يرتب نفس آثار عدم تنفيذ العقد، فإن الأثر القانوني على انتفاء حسن النية في العقود مــع إثبات سوء النية هو تعرض العقد للفسخ، مع تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيــذ ، زيــادة على التنفيذ الجبري و المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد نتيجة التنفيــذ السيئ الضار.

و قد يتوقى المتعاقد كل هذه الآثار إذا توخى في تعاقده ما يفرضه حسن النية من واجبات أخلاقية لما أصبحت تتطلبه المعاملات الحديثة من التزامات إضافية فزيادة علــى وجوب انتفاء الغش أو سوء النية؛ ألزم المتعاقدين بالتعاون والتضامن لمواجهة الصعوبات التي قد تعترض التنفيذ، و الالتزام كذلك بأن يجعل كل منهما الارتباط بالعقد مفيدا بالنسبة للطرف الآخر، انطلاقا من الصفة النفعية للعقد.

و هذه الالتزامات لا تتحقق إلا بالإخلاص أو الوفاء في التنفيذ السليم للعقد، بالتزام الصدق والإفضاء بكل ظروف التعاقد، والتضامن في جميع مراحل العقد خصوصا فــي مرحلة التنفيذ، إذ يلتزم المتعاقد حسن النية بعدم مطالبة الطرف الآخر في العقد بالتنفيذ مع علمه بوجود الخلل في التوازن التعاقدي، كما يلتزم متعاونا بعدم التحلــل مــن الرابطــة العقدية نتيجة عدم التنفيذ أو تأخيره، متقبلا لنظرة الميسرة التي قد يمنحها الــدائن نفســه للمدين دون حاجة للالتجاء للقضاء، متى عانق المبدأ سلوك الدائن وشمل جميع تصرفاته، لأنه من التعسف أن يتمسك المتعاقد بحرفية العقد، والتعسف يتنافى كما تقدم مع الأمانة و نية التعاون. " لأن العقود عهد من جانب المدين يلزم بوفائه إلى أقصى حد يستطيع القيام به، وتضحية من جانب الدائن أن يبديها إذا دعت الضرورة إلى ذلك. و حتى نوفق بــين

العهد من جانب المدين والتضحية من جانب الدائن؛ يلزم إعادة التوازن إلى العقد وفقا لمقتضيات العدالة".[1]

و ما دام حسن النية مفترضا و لا يحتاج إلى إثبات لأن الأصل براءة الذمة، فإن سوء النية يحتاج إلى إثبات لأنه لا يفترض لكونه خلاف الأصل. و هذه الحاجة إلى الإثبات لا تقوم إلا عند التنازع أمام القضاء الذي يتطلب إقامة الدليل. ويقع عبء إثبات سوء النية على المدعي لأنه يدعي خلاف الظاهر تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات.

[1] طالع، بن شنيتي حميد، المرجع السابق، ص 120

المبحث الثاني : آليات معالجة الاختلال في التوازن التعاقدي

تماشيا و مقصد المشرع في إضفاء العدل على طرفي العلاقة العقدية؛ فإنه كلما تجاوز التفاوت ومن ثم الاختلال الحد المألوف فيجب التدخل لتصحيح مسار إرادة طرفي العقد، وتحقيق التراضي المأمول وذلك بالنظر إلى ما أصبحت تشهده مختلف التعاقدات من استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف استغلالا يعدم الإرادة و يعدم من خلال ذلك حريتها وقدرتها على تحقيق التوازن في العقد دون تدخل ممن يأخذ بيدها ويحميها، ويجعل منها وسيلة ناجعة لتحقيق النفع الذي يبتغيه الفرد وينعكس على المجتمع.

ومن هذا المنطلق سعى المشرع إلى مسايرة هذه الأوضاع الجديدة مراعيا تعادل الأداءات في العقد، محاولا التصدي لمختلف حالات اختلال التوازن في العقد التي تنتج عن التفاوت المادي بين التزامات المتعاقدين هادفا من وراء ذلك، إلى رفع الغبن الذي يكون نتيجة حتمية لهذا الاختلال، بأحكام مختلفة أملتها الحالات الاستثنائية التي استوجبت المعالجة بآليات خاصة.

وفي الحقيقة أردت تقسيم هذه الآليات إلى مطالب عديدة، للإلمام أكثر بكيفية إحداث التوازن بموجبها، إلا أنني أجد نفسي مضطرا إلى تجزئتها إلى مطلبين قاصدا من ذلك، تبيان إحداث المشرع للتوازن في مرحلة الإنشاء باشتراط تحقيق التوازن المادي بمعالجة التفاوت الكبير في العقد من خلال الغبن الاستغلالي والغبن المجرد و بتصدى المشرع للشروط التعسفية المدرجة في العقود (المطلب الأول)، كما سيتم توضيح فكرة معالجة اختلال التوازن في مرحلة التنفيذ وذلك بإزالة الإرهاق الناجم عن الظروف الطارئة و كذا تصدى إلى حالات انعدام السبب و معالجتها بما يكفل التوازن في العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إحداث التوازن في العقد

إن القول بالتوازن المادي كشرط يعتمده المشرع في العقود المدنية و يرتب علـى تخلفه جزاءات معينة، لا يرقيه إلى مصاف المبادئ العامة التي لا يجوز مخالفتها، و إنما القصد من ذلك التأكيد على رغبة المشرع في وجوب تحقيق نوع من التعادل بين أداءات الأطراف في عقود بعينها و ذلك عندما يصل التفاوت إلى حد الجسامة و درجة الفحش.

ومما يؤكد عدم اعتماد المشرع للتوازن المادي كقاعدة عامة، ترك الحرية لإرادة المتعاقد المغبون و المستغل، أو المكره اقتصاديا نتيجة شرط تعسفي، للاستفادة من مكنتي التعديل أو الإبطال، أو المضي في التعاقد إذا رضي بالعقد و رآه في تقديره متوازنا، كما أنه ليس للقاضي أن يعيد التوازن إلى العقد من تلقاء نفسه.

وهذا ما دفع المشرع إلى لتدخل لتنظيم العلاقة التعاقدية باحترام حرية الأطـراف من جهة، وإعادة التوازن في العقد، الذي اختل توازنه نتيجة التفاوت الكبير بين التزامات المتعاقدين وما نتج عنه من غبن ربطه المشرع بالاستغلال ، واعتد بالغبن مجردا علـى سبيل الاستثناء في حالات ثلاث على سبيل الحصر(الفرع الأول) و تصـدي المشـرع للشروط التعسفية بحثا عن تحقيق التوازن في العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التصدي للغبن

حاول المشرع أن يحدث توازنا في العقد الذي يظهر التفاوت بين أداءات طرفيه واضـحا بينا، يعبر عنه البعض بالفاحش ولقد عبر عنه المشرع بالتفاوت الكبير. وذلك من خـلال معالجة التفاوت المادي الذي أدى إلى غبن أحد طرفي العقد. و أراد أن يصحح الأوضاع غير العادلة بالتصدي إلى الغبن المقرون باستغلال الضعف النفسي للمتعاقد المغبون، كما تصدى للغبن مجردا في حالات ذكرها المشرع على سبيل الحصر.

أولا: إحداث التوازن بإعمال نظرية الغبن الاستغلالي

عالج المشرع حالة الغبن الذي يلحق أحد طرفي العلاقة التعاقدية و جعل له سـندا قويا، إذا تبين أنه مغبون مستغل غلبه هواه الجامح ، أو طيشه البين للالتزام بعقد تباينـت فيه الأداءات حتى بلغت من الجسامة في التفاوت، مما استوجب الحماية.

و يتمثل هذا السند الضامن للحماية في نص المادة 90 من القانون المدني و التـي جاء فيها: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه

هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبـين أن المتعاقـد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يـراه القاضي كافيا لرفع الغبن."

وما يلاحظ على هذا النص التردد الذي انتاب المشرع وهو بصدد معالجـة التفـاوت المادي بين التزامات الطرفين المتعاقدين، ما يوحي بتشبث المشرع بـالنظرة الذاتيـة، أو على الأقل عدم قدرته على التخلص منها حال بحثه عن آليات تحقيق التوازن، ويفسر ذلك بالمزج بين التصور الذاتي والموضوعي لمعالجة التفاوت المادي، و ربط هذا التفـاوت بالحالة النفسية الدافعة للتعاقد.

1 ـ المزج بين تصورين لمعالجة التفاوت المادي

إن التفاوت الكثير في الالتزامات الذي عالجه المشرع قد يكون بين التزامات المتعاقد و الفائدة المادية المحققة من عقد المعاوضة، وقد يكون هذا التفاوت متجسدا في عدم التعادل بين التزامات المتعاقد المستغل و الغابن المستغل في العقود التبادليـة. و إضـافة علـى اشتراط حدوث الخال الكثير بين أداءات المتعاقدين، اشترط المشرع للاعتـداد بوجـود الاستغلال بحالتي الضعف النفسي من هوى وطيش، مع قصد الطرف الغابن انتهاز إحدى الحالتين في المستغل الذي ما أبرم العقد إلا نتيجة لإحداها

و مما يعاب على المشرع في تنظيمه لعيب الاستغلال بموجب نص المـادة 90 مـن القانون المدني سالفة الذكر، أنه خلط بين مفهومين متباينين وإن كان أحدهما يـؤدي إلـى الآخر.

فالاستغلال عيب في الرضاء والغبن عيب في العقـد وذكـر الاسـتغلال مقترنـا بمصطلح الغبن مكررا، يجعل الأمر أكثر التباسا عند البحث عن قصد المشرع من ذلـك. إلى أن يسعفنا ربط الاستغلال بالحالة النفسية. و الحقيقة أن هذا المزج بين المصـطلحين وان اعترض عليه كثير من الفقه، إلا أن البعضساير هذا الطرح وأطلق علـى الغـبن الناتج عن الاستغلال تسمية " الغبن الاستغلالي " وهو تزاوج غير صحيح.

لأن المصطلح القانوني يجب أن يراد به شيئا واحدا، فإما هو غبن نعمل فيه نظرية الغبن المجرد كاستثناء، وإما هو استغلال نعمله كلما توافرت عناصره، يراعى فيه الجانب النفسي للمتعاقد المستغل وبطلب منه.

وإن كان من شيء يستوجب الإشارة إليه هو الغرض الذي توخاه المشرع من هـذا المزج والذي يستشف من العناية بالطرف المغبون في العملية التعاقدية والـذي اسـتغلت حالته النفسية التي توصف بالضعف المؤدي إلى تصرف لا يأتيه المتعاقد نفسه في مثـل الظروف المادية التي وجد فيها إذا ما سلمت إرادته من الطيش الذي بلغ حدا من الوضوح حتى صار بينا، ومن الهوى الذي عالق شغاف القلب وانعكـس علـى السـلوك فاتسـم بالجموح. هاته العناية هي عناية خاصة ـ رغم ما قيل عن المشرع بأنه تقدم خطوة إلـى الأمام " باعتداده بالتفاوت المادي بين التزامات المتعاقـدين "، ثـم تراجـع " باعتـداده بالضعف النفسي ". لأن المشرع لم يكن بمقدوره التخلص من التصور الذاتي للتوازن في العقد وهو بصدد معالجته للتفاوت المادي بين تقديمات الأطراف من جهـة؛ ولأن هـذا المزج لم يهمل التوازن المراد تحقيقه من خلال الحماية القانونية لأطراف التعاقد، بإقرار نظرية الاستغلال، التي تطبق على معظم أنواع العقود متى توافر شروط إعمالها.

2 ـ سبل رفع الغبن

إن العناية الخاصة للمشرع التي سبق الإشارة إليها، خولت للمتعاقد المغبون إمكانية رفع الغبن وإزالة التفاوت الكبير بين التزاماته والتزامات الطرف المستغل بوسيلتين يملك بنفسه مكنة القيام بهما و تتمثلان في : طلب إبطال العقد، و طلـب إنقـاص التزاماتـه، ووسيلة يملكها الغابن بزيادة التزاماته متوقيا دعوى الإبطال إذا رفعت ضده.

فالمشرع مقررا حماية الطرف المتضرر من العقد الذي أبرمه في الظروف النفسية المشار إليها، خيره بين طريقين لرفع الغبن عنه ـ وهو ما لم يمنحه لمن عيبت إرادتـه بأحد العيوب الإرادة الأخرى وهي الغلط والتدليس والإكراه ـ فزيادة على حـق إبطـال العقد المكفول مثل باقي العيوب، زاده المشرع طريقا ثانيا، وهو طلب إنقـاص التزاماتـه وللمغبون الاختيار بين الطريقين، أو الوسيلتين التي يرى أنها تحقق مصلحته فيقدم علـى المكنة الأكثر ملائمة، مع مراعاة ما للقاضي من سلطة تقديرية في تحقيق التـوازن فـي العقد من خلال تقدير مصلحة المغبون بين إبطال العقد وإنقاص الالتزام، إذا رفع الطرف

المغبون دعوى الإبطال، فإذا تبين للقاضي أن الإنقاص كاف لإزالة التفاوت الكبير حكم به دون أن يقضي ببطلان العقد، لأن طلب الإبطال أكبر من الإنقاص.

و حماية للطرف المغبون دائما، أعطى المشرع للمستفيد من العلاقة التعاقدية إمكانيـة المحافظة على العقد الذي أبرمه، بأن يتوقى دعوى الإبطال التي يرفعها المغبون من نفس العلاقة وذلك بتقديم ما يرفع به هذا الغبن. على أن هذه الوسيلة وإن منح المشرع للقاضي بشأنها السلطة في تقدير إمكانيتها رفع الغبن لا يمكنه أن يحكم بها من تلقاء نفسه.

3 ـ الإنقاص من العقد

بعد عرض الوسائل الثلاث التي قررها المشرع ، لتحقيق التوازن في العقد، وذلك بالحد من التفاوت الكبير ورده إلى الحد المعقول المألوف الذي تسـمح بـه المعـاملات المدنية، يتبين أن الوسيلة المثلى لتحقيق ذلك هي مكنة إنقاص العقد لملاءمتها لفكرة المزج بين التصورين الذاتي والموضوعي التي عالج المشرع التفاوت المادي من خلالها.

ويعد الإنقاص من الالتزامات أنسب طريق يسلكه الطرف المستغل، لأن المشـرع اعتد بالتفاوت الكبير الذي يقل وتتضاءل نسبته إذا أعفي الطرف الضعيف من بعض مـا يعتبره قد أرهق كاهله من أعباء نتيجة تحمله إياها دون انصراف إرادته لذلك نتيجة عيب في رضاه، بعد ما انتهز الغابن حالته النفسية الضعيفة فنال من سـلام تقـدير المغبـون للتوازن بين الأداء المقدم والفائدة المحصلة.

وما دامت إرادته قد انصرفت لإبرام عقد بعينه، فيكون مـن المناسـب لتصـور المشرع الإبقاء على العقد ضمانا لاستقرار المعاملات والأمن في العقود، بعدما روعـي تحقيق العدالة بإعادة التوازن إلى العقد بإعمال مكنة الإنقاص مـن التزامـات الطـرف المستغل دون اللجوء إلى وسيلة الإبطال، التي لا تعكس إرادة الطرفين الرامية إلى التعاقد، بنفس الشروط التي يقبلها و نفس الأعباء التي يتحملها الطرف الضعيف لو كـان رضـاه سليما. وحالما ترجح كفتا الأداءات تعاد الأمور إلى نصابها.

وقد يقول قائل بأن الطريق الذي منحه المشرع للطرف الثاني فـي العقـد وهـو المتعاقد الغابن و المتمثل في توقي إبطال العقد، من شأنه أن يحقق ما تهدف إليه وسـيلة الإنقاص من الالتزامات من المحافظة على استقرار المعاملات، إلا أن الأمر ليس كـذلك لأن مكنة التعديل من أجل إحداث التوازن المادي في العقد يخص الوسائل التي هي بيـد

الطرف المغبون، والتي باستطاعته أن يستعملها في الأجل القصير الممنوح لـه. كمـا أن المستفيد ليس دائما على استعداد لأن يزيد في التزاماته، ففضلا على أنه لا أحد يمكـن أن يلزمه بذلك، فهو قد أقدم على التعاقد مستغلا الضعف النفسي للمتعاقد الآخر، فلاشك أنـه كان قد يحجم عن التعاقد لو كان سيلتزم بنفس الالتزامات التي رتبها العقد المبرم.

وإذا كان المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقديرية لرفع الغبن فيجب استعمالها في مصلحة الطرف المغبون، ففي حالة ما إذا رفع الطرف المغبون في العقد دعوى الإبطـال فله ألا يقضي له بذلك ويقضي له بالإنقاص، أما إذا رفع دعوى إنقاص الالتزامات فلـيس له القضاء بإبطال العقد لأن ذلك أكثر مما طلبه المغبون.

و رغم ما قيل عن المكنات المختلفة التي راعى به المشرع تحقيق التوازن المادي في العقد، الذي اعترى أحد طرفيه الضعف النفسي الذي دفع لإبرام العقد، رغم ما ينتابـه من عدم التعادل بين الأداءات، فيمكن أن يتوقى المشرع الانتقادات الموجهة لنص المـادة 90 من القانون المدني بتعديلها[1]، وذلك بإعطاء السلطة التقديريـة للقاضـي فـي تقـدير الضعف النفسي، و إطلاق يده في اختيار الوسيلة التي تمكنه من إعادة التوازن المادي إلى العقد، وضمان استقرار المعاملات في آن واحد. مع تحاشي الخلط بين مصطلحي الغبن و الاستغلال، و عدم ربط رفع الدعوى بأجل معين، مع حذف المادة 91 التي ليس لها مـن داع، إذا تم رفع الالتباس الموجود في المادة 90. فعدم التوازن بين الأداءات الناتج عـن استغلال الضعف النفسي يعالج في الإطار السالف الذكر، و التفاوت الذي يؤدي إلى الغبن دون ارتباطه بالحالة النفسية للمتعاقد تعالج في إطار أحكام الغـبن المجـرد كمـا يـأتي توضيحه فيما يلي.

ثانيا: إعادة التوازن لبعض العقود إعمالا لنظرية الغبن المجرد

بنظرة موضوعية عالج المشرع التفاوت المادي بين التزامات المتعاقـدين قصـد إعـادة التوازن في هذه العقود التي بلغ الغبن فيها حدا من الجسامة جعل السكوت عن تفشيه بين المتعاقدين دلالة على الإقرار بالظلم وهذا مالا يقره القانون ولا يمكن أن يكون هدفا مـن

[1] يمكن أن يصبح نص المادة بعد التعديل: " إذا استغل أحد المتعاقدين الضعف النفسي في الطرف الآخر و دفعه لإبرام عقد رغم التفاوت الكبير بين التزامه و الفائدة المحصلة، أو بين التزامات الطرفين، جاز للقاضي أن يعيد التوازن للعقد، إذا طلب منه ذلك".

أهدافه، وعلى هذا لأساس جاء تدخل المشرع للحد من تسلط الإرادة استثناء على سلطانها وذلك بإعماله نظرية الغبن في العقود كطوق نجاة يسعف به المتعاقد المغبون.

وإعمال النظرية لا تراعى فيه الظروف النفسية للمتعاقد المغبون، إنما يكتفى فـي هذا الصدد بعدم التعادل المادي فقط، وهو تقدير حسابي مقدر ينظر إلى البدل الذي يعطيه المتعاقد ولا يكون مناسبا مع القيمة الحقيقية، بمعنى أدق فالغبن قد حدده المشرع بـالغبن الذي يزيد عن الخمس. فلا مجال للاجتهاد ، وليس هناك مجال للخطأ. ومن هنا جاء نقـد النظرية بالجمود غير أنه الجمود الذي يتطلب المعالجة الخاصة لاختلال التوازن، بل قـد يكون انعدام التوازن كليا ـ ـ ـ ـ في بعض الأحيان ـ ـ ـ وبما أن المشـرع قـد أخـذ بنظرية الغبن على سبيل الاستثناء فقد حصرها في عقود ثلاثة و هي : حالة وجود الغبن في البيع العقاري، المقايضة، والقسمة الاتفاقية.

1 ـ عدم التوازن بين الأداءات مدعاة لرفع الغبن الفاحش

تصدى المشرع للتفاوت المادي الكبير، الذي يترتب على عقد لبيع باعتباره أداة لتـداول فوائدة ذات قيمة مالية، يكون الثمن ميزة أساسية في هذا التبادل للالتزامات. و قد نصـت المادة 351 من القانون المدني: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكيـة شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

فالثمن يجب أن يكون ثمنا نقديا و هو ما يميزه عن عقود أخرى ، وهو ثمن حقيقي فـلا يعتد بالتافه منه و الصوري، بل يجب أن يكون الثمن جديا.

أما الثمن البخس الذي لا يصل إلى التفاهة فهو ثمن يعتد به المشرع و يتم بدفعه عقد البيع ويترتب على ذلك الالتزام بنقل ملكية الشيء المبيع، إلا في عقد بيع العقار الـذي خصـه المشرع بنص خاص، يقيد إطلاق الاعتداد بالثمن البخس بمقدار معين لا يجاوزه.

فقد نصت المادة 358 من القانون المدني على ما يلي: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"

واستنادا إلى نص هذه المادة والمادة التي تليها من نفس القانون فالغبن الذي يعتد به لكي نكون أمام حالة عدم التوازن في العقد، ومن ثم محاولة إعادة التعادل بين طرفيه، هو الغبن الذي يزيد عن الخمس وقت البيع ، ولا مجال للحديث هنا عن الثمن الجدي والـثمن

البخس والثمن التافه، لأن الرجوع إليها في إطار القواعد العامة المنظمة لعقد البيع يغني عن الخوض فيها، لأن ما يهمنا ونحن بصدد التطرق للغبن المجرد، هو أن المشرع قد حدد هذه النسبة بالخمس متأثرا بالفقه الإسلامي، ومخالفا للمشرع الفرنسي الذي حدده بـ: 12/7.

زيادة على أن المشرع راعى مصلحة البائع الذي وقع في الغبن، ولم يراع المركز الاقتصادي للمشتري الذي قد يتأثر كذلك من وقوعه في غبن ـــــ يزيد عن الخمس ـــــ نتيجة تقديمه أكثر ما يستحقه المبيع من قيمة، والذي يجعل من نص المادة معرض للنقد من هذا الجانب ومنتقد من جانب آخر من كون المشرع استبعد إعمال نظرية الغبن في بيع المنقولات، واقتصر في إعمالها على العقارات فحسب.

و قد رتب المشرع سريان أحكام عقد البيع على المقايضة بموجب نص المادة 415 من القانون المدني والتي جاء فيها:" تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه".

و الفرق بين البيع و المقايضة يكمن في نوع المقابل، الذي يتمثل في المقابل النقدي و خصائصه في عقد البيع كما تقدم، بينما المقابل في المقايضة مقابل مالي غير نقدي، حتى و إن كان جزء منه نقدا، إذ العبرة بالعنصر الغالب في المقايضة.

وقياسا على الغبن في بيع العقار، تنسحب أحكامه على المقايضة و يترتب على ذلك أنه إذا كانت الأشياء المقايض فيها غير متساوية القيمة مما يجعل التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل، و إذا كان التفاوت قد وصل بين القيمتين إلى حد وقوع الغبن في تقدير المتعاقدين جاز للمتعاقد المغبون إذا توافرت شروط تحقق الغبن أن يطعن بالغبن في المقايضة فيحدد المقدار الذي يرفع به الغبن.

و إضافة لذلك فقد نظم المشرع القسمة الاتفاقية بالنص عليها في المادة 723 من القانون المدني والتي تفترض تقاسم المال الشائع التراضي موكلا لإراداتهم المتجاورة أن تجتمع من أجل توزيع عادل بين المشتركين في الشيوع.

و إذا ما غبن أحد الأطراف جراء القسمة الاتفاقية استوجب رفعه بنقض القسمة وجعلها عادلة. ولا يجوز الرجوع في القسمة إلا إذا أثبت أحد المتقاسمين، أنه لحقه غبن

يزيد عن الخمس. و هو عين ما أشارت إليه المادة 732 من القانون المدني فقد نصـت على أنه: " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

فالقسمة الاتفاقية بين الشركاء في الملكية الشائعة تعكس النظرة الاسـتثنائية التـي يخص بها المشرع حالات الغبن الحاصل في المعاملات المالية بين الأفـراد. فالتراضـي يغني المشرع عن التدخل، بينا الاحتجاج بالغبن وإثباته يلزمانه بمعالجة الخلل في التوازن بين التزامات المتعاقدين.

2 ـ الصفة الاستثنائية وتعميم شروط الغبن

إن الصفة الاستثنائية للاعتداد بالغبن في العقود تتجلى في تخصيص شروط معينة على عقود بذاتها، ويستنتج هذا التبعيض من نص المادة 91 ق. م، والتي نصت علـى: " يراعى في تطبيق المادة90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود".

فيستبعد بداية الأحكام الخاصة بالاستغلال وذلك بالاعتداد بالغبن مجردا عن حالتي الطيش والهوى، من كونهما نظريتين مستقلتين تعمل إحداهما في غياب النظرية الأخرى. إضافة إلى التطبيق الضيق لنظرية الغبن بحصرها في عقود محددة.

هذا الحصر استوجب وضع شروط خاصة بالنظرية، تتمثل في أن العقود المعنيـة يجب أن تكون نوعا من عقود المعاوضة كونها الوعاء الطبيعـي للنظريـة، لأن تبـادل العوضين يهدف إلى تحقيق فوائد مالية من العقد المبرم، وادعاء الغبن من أحد الطـرفين يقره المشرع ويحميه. و يستبعد الطعن بالغبن في العقود الاحتمالية لأن احتمال الغبن أمر وارد و توقعه من المنطق السليم، وحمايته من طرف القانون من العبـث التشـريعي. و المشرع إذ يستبعد ذلك يستثني من الحماية أيضا عقد البيع الذي تم عن طريق المزايدة.

وفيما أعرضت بعض التشريعات عن تحديد مقدار التفاوت الذي يتحدد به الغـبن، حـدده المشرع بالخمس، ورتب على ذلك حق المتعاقد البائع المغبون في تكملة الـثمن، ورتـب على تحقق نفس المقدار من الغبن الحاصل في القسمة الاتفاقية حق المغبون في إبطالهـا

تحقيقا للعدل بين المتقاسمين. والعبرة تكون بقيمة العقار وقت البيع ، وقيمته وقت إجـراء القسمة بالتراضي.

3 ـ دور نظرية الغبن في تحقيق التوازن في العقد

تلعب نظرية الغبن دورا هما في تحقيق التوازن في العقود حـين إعمالهـا، فبعـد اعتبارها متعارضة مع المساواة بين المتعاقدين، اعترف بإحداثها لشيء من التوازن، إلى المناداة بها من طرف البعض بإمكانية إعمالها كمبدأ عما لتحقيق التوازن في جميع العقود.

3. 1 ـ مدى تعارض قواعد الغبن مع مبدأ المساواة بين المتعاقدين

القانون يشترط العدل، ومن معاني العدل المساواة التي يفترض تحقيقها بين المتعاقدين ووجود الغبن يتعارض مع مبدأ المساواة، ولقد أفرط المنادون بالمساواة بين المتعاقدين إلى حد القول بأن العدل لم يتحقق حتى بإعمال نظرية الغبن التي لم تحقق المساواة بين التزامات أطراف العملية التعاقدية، انطلاقا من إعطاء المشرع للبائع حق طلب تكملـة الثمن في العقار الذي بيع بغبن يزيد عن الخمس، ولم يعط للمشتري هذا الحق مع أنه معرض لأن يغبن أيضا أثناء شرائه.

لكن هذا الرأي قد جانب الصواب كونه نظر سطحي غير منبن علـى فكـر قـانوني فالمشرع قد أولى عناية خاصة بالملكية العقارية من شروط التملك خاصة بالبيع والهبـة وما يعد من مستلزمات ذلك من شكلية رسمية، إلى تسجيل وشهر، وكلها تعنـي الحمايـة التامة والعناية الفائقة بالبيع العقاري، ويكون من المناسب منطقا وقانونا ألا يجيز المشرع الاعتداء على هذه الملكية وانتقالها بعد الغبن الذي لحق البـائع المالـك للعقـار المنـوط بالحماية وهي عدالة تنطلق من التصور الخاص بالمشرع وله في ذلك حجـج و أسـانيد. وهذا الرأي ينطبق كذلك على القائلين بانتفاء عدالة نظرية الغبن من حيث أنهـا خصـت العقار بالحماية ولم تخص المنقول بإعمالها رغم وجود منقولات أكثر أهمية وأعلى قيمـة من العقارات.

3. 2 ـ إعمال الغبن يحقق التوازن نسبيا

كما سبق بيانه إن الغبن عيب في العقد، فمعنى هذا أن العقد هو الذي يحتـاج إلـى تلـك الحماية لرفع الغبن عنه، فهي حماية مقررة للعقد ذاته. فإذا كـان سـبب الاخـتلال فـي التوازن في العقد هو أن قيمة المبيع تفوق بكثير الثمن المدفوع فهنا الغبن وقع على عقار وبالتالي على البائع مما سبب عيب في العقد، إذ أصـبحت التزامـات المتعاقـدين غيـر متساوية، وللتخلص من الغبن لا بد من رفعه على العقار وذلك بإلزام المدين بتكملة الثمن إلى الحد المطلوب قانونا.

فالحق الذي كسبه البائع هنا هو حق رفع دعوى تكملة الثمن لـيس حمايـة لـه بوصفه طرفا ضعيفا، وإنما لأن هذا الحق هو الوسيلة في إعادة التوازن للعقد.

الفرع الثاني : تصدي المشرع للشروط التعسفية

الأصل أن العقد يبرم بين طرفين متساويين في المراكز، بحيث يكونان علـى قـدم المساواة في وضع شروط العقد وبنوده، ولهم كامل الحرية في ذلك طالما راعى المتعاقدان حدود النظام العام والآداب العامة.

فيفترض القانون أن ينتج عن تراضيهما عقد توازنت فيه الأداءات و توزعت الفوائد المالية بنسب عادلة بين المتعاقدين بتبادل الالتزامات و أخذ كل طرف في العقد العـوض الذي يبتغيه من العملية التعاقدية.

غير أن انفراد أحد المتعاقدين بصياغة العقد وفق نمط معين كثيرا ما يخل بالقاعـدة العامة في العقود الداعية إلى الحرية التعاقدية المحققة للتوازن في مضـمون العقـد، إذا صاحب هذه العقود النموذجية شروطا مجحفة بحق المسلم بقبولها.

ولقد تصدت كافة التشريعات لهذه الشروط المجحفة ونبذت العقود التي تتضمنها منعا للآثار السلبية الوخيمة التي تلحق الطرف المذعن من هذه البنود التعسـفية التـي تجعـل التزامات الطرفين غير متكافئة، تعكس انعدام التوازن في العقد.

و عليه سنعمد إلى تبيان الشرط التعسفي المخل بالتوازن في العقد المدني، ثـم إلـى كيفية إعادة التوازن إلى العقد المختل التوازن نتيجة هذا الشرط الجائر.

أولا : الشرط التعسفي المخل بالتوازن العقدي

تم التفريق فيما سبق بين حرية الاشتراط في العقود وهو المبدأ العام، وبين الشـروط التي تضمن التوازن في العقد. و يجدر التفريق أيضا بين الشرط المسموح بـه قانونـا و الشرط التعسفي المخل بالتوازن في العقد والذي تصدى له المشرع بنصوص خاصة وازن من خلالها بين مصلحة طرفي العقد بحماية الطرف الضعيف بإعفائه من هـذا الشـرط والمحافظة على استقرار المعاملات بعدم ترتيب بطلان العقد بتوافره. و يغنينـا تعريـف الشرط التعسفي عن بيان الفرق.

فقد عرف على أنه: الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مـع العدالـة، أو هـو الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعمالـه إلـى عـدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة.[1]

ويعتبر تعسفيا الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر، ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء مـن المسؤولية أو المحددة لها، الشروط الجزائية ، وشروط إسناد الاختصاص.[2] كما يعـرف على أنه: " كل شرط يترتب عليه إخلال بالتوازن العقدي لصالح من يفرضه على شخص عديم الخبرة أو موجود في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية بالمقارنة مع الطرف الآخر في العقد "[3]

وتنقسم الشروط التعسفية إلى نوعين من الشروط: شروط تعسفية بذاتها وهي التي يظهر فيها التعسف منذ إدراجه بالعقد أي في مرحلة تكوين العقد وتكشف عنـه ألفاظـه فتأتي متناقضة مع جوهره، وشروط تعسفية بحكم الاستعمال لا تظهـر عنـد إدراجهـا بالعقد، ولكنها تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روح النص.[4]

---

[1] طالع، بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، دار هومة، 2007، ص 60 .

[2] طالع، أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص 212.

[3] طالع ، حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997،ص 52.

[4] طالع، عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985، ص 239.

و قد تناول الفقه القانوني الشرط التعسفي من خلال العديد من الزوايا فمن حيـث المصدر، فإن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف و يسمح بوقـوع هذا التعسف. ومن حيث الطبيعة، فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامـل من شرف ونزاهة وحسن نية والذي يتنافى أيضا مع روح الحق و العدالة. ومـن حيـث الآثار، فهو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه.[1]

و بالرجوع إلى القانون المدني نرى أن المشرع أشار إلى الشـرط التعسـفي فـي المادتين 110 و 112 . والتعسف قد يتم بمعايير يعتبر بموجبها الشرط تعسفيا و هـي : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية معيار الميزة الفاحشة معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات. كما يحدد التعسف بالرجوع إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تنص على: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ثانيا : إعادة التوازن لعقد الإذعان

إن القول بتصدي المشرع للشروط التعسفية يفرض علينا آليا التطرق إلى نص المادة 110 من القانون المدني التي جاء فيها: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قـد تضـمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المـذعن منهـا وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

فبعد الإقرار بأنه ليس كل عقد إذعان يتضمن شروطا تعسفية، أجاز المشرع للقاضي طريقين يمكنه من خلالهما الحد من هذه الشروط - إن وجدت - وذلـك إمـا بتعـديل الشروط المجحفة في حق الطرف المذعن إن كان في الإمكان التقليل من وطأتهـا علـى كاهله، وإن كان لا سبيل لذلك إلا بإعفائه منها، حكم له القاضي بذلك تحقيقا للتوازن في العقد، بمراعاته للعدالة العقدية. كما أضافت المادة 112 في فقرتها الثانية مكنـة أخـرى تتمثل في تفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن.

---

[1] طالع، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 402.

1 ـ تعديل الشرط التعسفي

إن توافر الخلل في التوازن نتيجة الشرط التعسفي المدرج في العقد، يبرر تدخل القاضي لإعمال رقابته فينظر إلى أداءات المتعاقدين و تكافئها و إلى الشرط الجائر وعلاقته بالخلل في التوازن التعاقدي، ونية المتعسف ومدى انصرافها للغاية الاجتماعية لحقه الشخصي.

و تبعا لذلك فقد منح المشرع للقاضي سلطة واسعة في تعديل العقد وإبطال كل شرط مجحف في حق الطرف المذعن، فقد أكدت المادة 110 من القانون المدني على الآلية الأولى لحماية الطرف الضعيف المذعن ومن ثم إعادة التوازن للعقد والتي نصت على أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط..."

فإذا تم العقد بطريق الإذعان بأن تكون مراكز المتعاقدين غير متساوية بحيث يمكن لأحدهما أن يفرض ما أراد من شروط في حين قبل الطرف الآخر جميع هذه الشروط دون أن يناقشها وهذا ما يجعل القوي يستغل مركزه بوضع شروط تعسفية، وهنا يكون للقاضي سلطة واسعة لتكييف الشروط التي تعتبر تعسفية معتمدا في ذلك على المعايير التي سبق التعرض لها. أو أن يستعمل معايير الشروط التعسفية المذكورة في القوانين الخاصة .

إلا أن هناك من يرى أن القاضي غير ملزم بالتقيد بأي معيار يستهدي به عند تقدير وجود الشروط المجحفة التي قد يتضمنها هذا النوع من العقود إلا قيد العدالة الذي يجب أن يتوخاه عند تقدير ذلك، ويعد تقدير القاضي لوجود الصفة التعسفية من مسائل الواقع وليس من مسائل القانون، يدل على ذلك أن القاضي يتبين في ضوء الظروف مدى ما في الشروط من جور وإجحاف، وهو لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا. إن اشتراط توخي العدالة فقط يتسق و إجازة المشرع لتعديل العقد، فهو يصبو إلى تحقيق المساواة بين الأفراد لتحقيق توازن أداءاتهم في العقد.[1]

ويكون تدخل القاضي في هذه الحالة إما بالزيادة أو الإنقاص من الالتزامات ، حسب ما يحقق التوازن في العقد. فله أن ينقص من التزامات الطرف المذعن مت ثبت له أن الطرف الآخر قد وضع شروط مجحفة مستغلا بذلك مركزه، ويمكن أن يكون طلب

---

[1] طالع، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 458.

إنقاص الالتزامات المرهقة من طرف المتعاقد الضعيف وحينئذ يرجع الأمر كذلك لتقـدير القاضي للالتزامات الواجب إنقاصها، أما فيما يخص الزيادة من التزامات المحترف فـإن للقاضي أيضا سلطة واسعة في هذا الشأن بحيث إذا تبين له من ظروف الحال أن إعـادة التوازن في العقد لا يكون إلا بزيادة التزامات الطرف القوي في العقد فله ذلك مـا دام أن النص لا يمنعه من الزيادة فهو عند تقريره إياها يكون هدفه تمكين المتعاقد المذعن مـن الحصول على السلعة أو الخدمة التي من المقرر أن يقدمها المحترف، وليس له أن يعفـي نفسه من ذلك بإنقاص التزاماته. وبالتالي لا يشترط عند زيادة التزاماته رضاءه مادام أنه هو الذي تسبب في الإخلال بالتوازن التعاقدي.

فالعدالة قد تقتضي فقط، أن يعدل القاضي الشرط التعسفي، فإذا اشترط رب العمـل على العامل في عقد العمل عدم فتح محل منافس لرب العمل بعد تركه الخدمة في مؤسسته طول حياته، أو في أي مكان على التراب الوطني، فإنه يكفي لكي تتحقق العدالة، أن يقوم القاضي بتعديل مثل هذا الشرط، بقصره على المنطقة الجغرافية التي تكون لرب العمـل فيها مصلحة اقتصادية مشروعة.

2 ـ إعفاء الطرف المذعن

إن إعفاء أي طرف في العملية التعاقدية من بعض الشروط التي تضمنها العقد، يعتبر تعد صارخ على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو خروج واضح على مبدأ سلطان الإرادة.

لكن المشرع من خلال المادة 110 دائما والتي جاء فيهـا: " ... أو يعفـي الطـرف المذعن منها ... " قد خول للقاضي إعفاء الطرف المذعن من كل شـرط تعسـفي متـى اتضح أن هذا العقد سيسبب اختلالا كبيرا بين أداءات الأطراف مع وجود هـذا الشـرط. فالإعفاء يحقق الغاية من التعاقد ومن ثم العدالة التعاقدية و الإبقاء يكرس التعسف الـذي يعكس الظلم الذي يتنافى مع مبادئ القانون.

ولقد تنبه المشرع إلى ما قد يلجأ إليه المحترفون من تضمين عقـودهم لشـرط يستبعدون بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسـفية، فـنص على بطلان أي اتفاق أو شرط في هذا الشأن. و جعل من حق الطرف المذعن في اللجوء إلى القضاء وحق هذا الأخير في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منهـا، حقـا يتعلـق

بالنظام العام. وهو نص المادة 110 السابقة الذكر المتضمن: " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

و القاضي عند استعمال سلطته في إعفاء الطرف المذعن من الشرط التعسفي، إنما يفعل ذلك انطلاقا من رغبة المشرع التي يحل القاضي محلها ويفترض عليه تجسيدها، هذه الرغبة تتمثل في إحقاق الحق وإرساء قواعد العدل، ومن ذلك وجوب مراعاة تكافؤ الأداءات وتحقيق التوازن في العقد الذي قد يختل نتيجة وجود هذا الشرط الجائر والبند المجحف الدال على نية التعسف وقصد الإضرار بمركز الطرف المذعن الضعيف.

3 ـ تأويل العبارات الغامضة

جاء في الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني : " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " بعد أن جاء في صدرها " يؤول الشك لمصلحة المدين "

ويتضح من هذا النص أن المشرع أراد أن يحمي الطرف المذعن حماية فعالة من تعسف الطرف الأقوى الذي غالبا ما يدرج في العقد شروطا تعسفية لا يمكن للطرف المذعن إلا القبول بها.

والعبارات التي تتضمنها عقود الإذعان قد تكون غامضة بالنظر إلى الإبهام الذي يعتريها أو عدم التوافق و الانسجام بين شروط تعاقدية عديدة أو التناقض بين شرط مكتوب باليد وشرط مطبوع مما يثير اللبس، كما أن للمصطلحات المستعملة بالغ الأثر في ضبابية العبارات وغموضها بالنظر إلى اللغة المستعمل بها المصطلح، أو بالنظر إلى اعتباره مصطلح فني خاص و لا يفك شفرته إلا المتخصص من أهل ذلك العلم أو الفن، لأنه قد يحتمل المعنى الذي لا يقصده المتعاقد المذعن عند قبوله التعاقد، و ذلك لعدم الإحاطة بمدلول العبارة وقصد المصطلح.

ومع تسليمنا بأنه ليست كل العبارات الغامضة مؤداها الحتمي هو التعسف، لأن من العقود ما يتطلب عبارات دقيقة ومصطلحات فنية راقية يكفي إزالة إبهامها لإحداث التوازن.

ولا تكون الصلة وثيقة بين العبارات الغامضة و وجود التعسف إلا إذا تأكدت نية الطرف المتسلط بمركزه من تضمين شروط مبهمة لتوقيع غير الآثار التي يمكن للطرف المذعن

أن يعلم بها، ومن هذه الزاوية يصبح التلازم بين العبارات الغامضة والتعسف متلازمان، الشيء الذي يستوجب تدخل المشرع لتأويل هذه العبارات لفائدة الطرف المذعن.

ثالثا: صور أخرى لمواجهة الشروط التعسفية

إن المشرع وبتصديه للشرط التعسفي من خلال المادتين 110 و 112 مـن القـانون المدني لم يتجاهل بعض صور هذا الشرط المجحف في حق المتعاقد، فعمد إلى معالجـة ذلك بنصوص أخرى نجد بعضها في الشريعة العامة، كما تسعفنا نصوص أخـرى فـي قوانين أكثر تحديدا وتفصيلا .

إن القول بجواز تدخل القاضي في عقود الإذعان، يبين شدة تـأثر المشـرع بالتصـور الشخصي، رغم محاولته تحقيق التوازن المادي بين أطراف العلاقة التعاقدية مـن خـلال تصديه للشروط التعسفية في عقد الإذعان، لأن العدالة تقتضي وجوب رفع الضرر، وليس القول بجواز استعمال الرخصة الممنوحة للقاضي إن شاء أعملها وإن شاء أهملها.

و كان بالأحرى بالمشرع أن يولي اهتماما بالشروط التعسفية التي تكون سببا في حـدوث الاختلال في التوازن التعاقد، فيخصها بالنص مع ربطها بما تسببه من إذعان، لأن عقـد الإذعان ـ ـ ـ ـ كما تقدم بيانه ـ ـ ـ ـ ـ هو عقد صحيح مرتب لجميع آثـاره. و هـذا التخصيص من شأنه أن يتلاءم مع نظرة المشرع لالتزامات المتعاقدين، و إقراره لـبعض النصوص التي تصدى بها المشرع لصور خاصة من التعسـف فـي بعـض العلاقـات التعاقدية، و التي سوف يتم التطرق إليها لاحقا.

1 ـ مواجهة التعسف الناتج عن الشرط الجزائي

يعرف الشرط الجزائي بأنه تقدير اتفاقي لمقدار التعويض الذي يلتزم المدين بدفعـه للدائن في حالة عدم التنفيذ أو في حالة التأخر في التنفيذ. وذلك في صورة مبلـغ محـدد جزافا سلفا ويهدف المتعاقدان من هذا التقدير لمبلغ التعويض إلى تفادي التقدير القضـائي للتعويض، وما يصاحب ذلك من صعوبات تتعلق بإثبات مدى الضرر، فهما يقدران مسبقا المبلغ الملتزم به ومن ثم تكون كل منازعة في مقدار الضرر ومـا يلـزم لجبـره غيـر مجدية.[1]

---

[1] طالع في التعريف القانوني والفقهي للشرط الجزائي، نجاري عبد الله، الشرط الجزائي، ماجستير، جامعة الجزائر،1983، ص 6 وما بعدها.

إن القانون يجيز للمتعاقدين تحديد قيمة التعويض مقدما بما يتفق والعدالة التعاقدية من وجهة نظرتهما المشتركة، لافتراضهما أن الضرر الذي سينتج من عدم التنفيذ أو التـأخر فيه يعادل التعويض الاتفاقي المقدر في العقد، لأنهما يـدركان مـن خـلال خصوصـية تعاقدهما و الظروف المحيطة به أن التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامـة عـن الإخلال بالعقد لا يكون عادلا بالنظر إلى أداءاتهما المقدمة ومدى توازن بين التزاماتهما المتقابلة.

إلا إن المبالغة في تقدير قيمة التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فـي تنفيذه لا يمكن للشخص العادي أن يتقبله إلا إذا كان مضطرا للتعاقد، وإذا قبـل بشـروط الطرف الثاني في العقد ووافق على تضمين العقد اتفاق على التعويض فـي حالـة عـدم استطاعة الطرف الضعيف تنفيذ العقد أو تأخر في التنفيذ ما يجعل استحقاق قيمة التعويض حالا هو من الإجحاف العقدي وانتفاء لروح عدالة العقد القائمة على أسـاس التعـاون و التضامن و الأمانة و الثقة، ومن هذه الزاوية يقترب الشـرط الجزائـي مـن الشـروط التعسفية، ويعد صنف من أصنافها، تطلب تدخل المشرع للحد من المغالاة فيه.

و استجابة لتحقيق العدالة فقد تصدى المشرع لهذا العسف محاولا إعادة التوازن لهذا العقد فقد عالج التعويض الاتفاقي "الشرط الجزائي" بنصوص خاصة في القانون المدني.

فبعد أن سمح القانون لأطراف العقد بالتراضي على مقدار معين من التعويض يستحقه أحد المتعاقدين في حالة عدم تنفيذه للعقد أو التأخر فيه، وهذا تماشيا مع التصور الطبيعي للمشرع انطلاقا من كون العقد قانون المتعاقدين فهم أحـرار إذا اتفقـوا وملزمـون بمـا اشترطوا، وترتب على هذا التصور إباحة تقدير التعويض مسبقا من المتعاقدين أنفسهم.

وعلى ذلك نصت المادة 183 من القانون المدني:" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمـة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق..."

وتقدير التعويض يكون متناسبا مع الضرر الذي قد يلحق الدائن، يستحقه متى توافرت الشروط السابقة، إلا أن الواقع القانوني أثبت أن هذا التقدير الجزافي كثيرا ما يحيد عـن الغاية من إباحته من طرف المشرع، فقد أصبح أداة الجور والتسلط بعد قبـول المـدين قسرا التعاقد تحت وطأة هذا الشرط الذي كان تقديره مبالغا فيه، وإذا كان لم يـذعن فـي

قبوله الدخول في العملية التعاقدية بفرض الشروط التعسفية مسبقا، فقد أصبح هذا الشـرط تعسفيا بإثبات عدم تناسبه مع الضرر الذي لحق الدائن.

وقد أطلق المشرع يد القاضي بأن تطال مثل هذه العقود التي تضمنت شرطا جزائيـا مغالى فيه بأن يعمل مكنة التعديل متى تيقن من توافر شروط معينة.

وقد نصت المادة 184 ق.م في فقرتها الثانية على أنـه : " ... يجـوز للقاضـي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قـد نفذ في جزء منه... "

وجاء في نص المادة 185 ق.م : " إذا جاوز الضرر قيمة التعـويض المحـدد فـي الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة. إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ".

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن التصدي لهذا الجور الذي تسببه المغـالاة فـي الشـرط الجزائي و الإفراط في تقديره لا يكون إلا على سبيل الاستثناء مراعاة واحتراما لإرادة المتعاقدين، كما لا يكون مستحقا إذا لم تتحقق واقعة أساسية لارتباطها بالشرط وهي وقوع الضرر فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحق به أي ضرر من عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فلا يمكن للقاضي أن يتصدى للتعويض المتفق عليه وممارسة سلطته في تخفيضه، وهو مـا يستشف من نص المادة 184 في فقرتها الأولى والتي قد جاء فيها:" لا يكـون التعـويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر..."

ليعود المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة ليقرر التصدي لهذا الشرط المتعسـف فيه بصفة استثنائية معالجة لحالة خاصة، هذا الاستثناء الذي قرره المشرع حماية للمتعاقد المجازى بشرط مجحف، يخول للقاضي إعادة التوازن للعقد بمكنتين تتمثل أولاهمـا فـي تخفيض هذا الشرط. وتتمثل الأخرى في الزيادة في مقدار التعويض. أي واحدة في صالح المدين وأخرى في صالح الدائن.

فيكون تعديل الشرط الجزائي في صالح المدين إذا خفض القاضي المبلغ المتفق عليـه كجزاء عن على عدم التنفيذ أو على التأخر فيه. و القاضي يملك سلطة تخفيض الشـرط الجزائي في حالتين: في حالة ما إذا كان مبلغ الجزاء مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، تبلغ حد الإفراط و هو لا يبلغ هذه الدرجة إلا لعدم التناسب الكبير بين قيمة التعويض المتفق عليه

و الضرر الذي لحق الدائن، وتقدير هذا الأمر متروك للقاضي الذي يحدده في ضوء أهمية التنفيذ بالنسبة للدائن.

أما الحالة الثانية فهي حالة ما إذا كان المدين قد نفذ جزء من التزامـه. و فـي هـذا الفرض سيكون التخفيض بنسبة الجزء الذي تم تنفيذه إلى الجزء الذي لم يتم تنفيذه بعـد. أما تعديل هذا الشرط في صالح الدائن فلا يتم إلا في حالة واحدة، هي حالة إذا ما جـاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي وعلى شرط أن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشـا أو خطأ جسيما.

فالشرط الجزائي الذي يقل عن التعويض الحقيقي للضرر الذي أصاب الـدائن يفسـر على أنه تخفيف للمسؤولية، وبالتالي فإنه جائز طبقا للقواعد العامـة. ولـذلك إذا جـاوز الضرر مبلغ التعويض الاتفاقي، لا يحق للدائن كمبدأ عام أن يطالب إلا بالتعويض المتفق عليه. لكن لما كان الغش يفسد كل شيء وكان الخطأ الجسيم يأخذ حكم الغش فإن الـدائن يملك أن يطالب بتعديل الشرط الجزائي لصالحه، في حالة إذا ما جاوز الضرر التعويض المتفق عليه والقاضي يزيد في مقدار التعويض حتى يصير معادلا للضرر الذي وقع.

مع الإشارة إلى حماية المشرع للطرف الضعيف بجعل هذه الأحكام مـن النظـام العام لا يجوز لأي كان مخالفتها خاصة من طرف الدائن بالاتفاق على اسـتبعاد سـلطة القاضي في التعديل بإدراج هذا الشرط في بند من بنود العقد، الذي قد يكون صـريحا و يوافق عليه المدين أو مبهما غامضا يلتبس على المدين الإحاطة به وهو شـأن الشـروط التعسفية كما أشير إلى ذلك آنفا. وهو الشيء الذي رعاه المشرع بنصوص خاصة ومنهـا ما نصت عليه المادة 184 مدني : " ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه ".

و إذا كان البعض يرى في نص المادة: 1152 من القانون مـدني الفرنسـي وسـيلة وقائية كافية لمحو آثار التعسف في المغالاة في الشروط الجزائية، بما تمنحه للقضاة مـن حق مراجعتها بصفة تلقائية، فإن القانون المدني الجزائري وقد توقف عند حد الاعتـراف للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي في حالة المغالاة فيه، ولم يـزد إلـى ذلـك ضـرورة ممارسة القاضي لهذه المراجعة من تلقاء نفسه قد جعل هذه الحماية ناقصة.[1]

[1] طالع، محمد بودالي، المرجع السابق، ص 68.

و رغم أن المشرع الجزائري لم يشر إلى تلقائية التصدي للشرط التعسفي من طرف القاضي، وهي نظرة وإن كانت قاصرة إلا أنها نظرة متقبلة إذا أخـذنا بعـين الاعتبـار ظروف إعداد القانون المدني المتشبع واضعوه بروح الفردية، وحرية الإرادة، واعتناقـه بشكل صريح لمبدأ سلطان الإرادة ، ويكون من الملائم مع هذا التصور النص على تعديل الشرط الجزائي كاستثناء، تفسيرا لنية المشرع في حماية الطرفين بإضفاء العدالـة علـى العقد متى ثبت جور الشرط، والمحافظة على استقرار المعاملات بالإبقاء على العقـد، و هو ما يبرر اكتفاء المشرع بتعديل الشرط الجزائي الذي اتصف بأنه صار تعسفيا بالنظر إلى تقديمات الأطراف، بغية إعادة التوازن إلى العقد، كلما توافر الشروط مـع غـل يـد القاضي في تعديل القاضي بصفة تلقائية وعلق إعمال مكنة إحـداث التـوازن بإثبـات التفاوت الكبير بين الضرر الحاصل وقيمة التعويض المقدرة بالاتفاق.

2 ـ الحماية من الشروط التعسفية المدرجة في وثيقة التأمين

يعتبر عقد التأمين من العقود التي يشدد فيها بجوب تحقيق التوازن بين طرفي العملية التعاقدية كونها من عقود حسن النية الصرفة التي تلزم المستأمن بالإدلاء بكل البيانات عند إبرام العقد والمتعلقة بالخطر المؤمن منه وأوصافه الكافية. ويعتبر عقد التأمين الصـورة الواضحة للتدليل على عقود الإذعان، لأن شركات التأمين تضع شروطا مسبقة عامـة، لا يملك القابل إزاءها إلا التسليم ولا يملك أحيان حتى حق رفـض التعاقـد تحـت طائلـة العقوبات كما هو الشأن في التأمين على السيارات مثلا.

ونظرا لهذه الخصوصية، بات من المسلم به أن عقود الإذعان تعتبر المجال الأخصب لانتشار الشروط التعسفية التي تصدى لها المشرع من خلال المادتين 110 و 111 مـن القانون المدني، زيادة إلى توفير حماية خاصة للطرف المذعن في عقد التأمين من خـلال المادة 622 من القانون المدني على بطلان طائفة من الشروط التي ترد فيها، التي تتمثل في : الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين والـنظم إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية. و الشرط الذي يقضـي بسـقوط حـق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث إلى السلطات، أو في تقديم المستندات، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. وكل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكـان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط، إضافة إلى شرط التحكيم إذا

ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عـن الشروط العامة. كما نصت في النهاية على بطلان كل شرط تعسفي آخر، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث. كما تقرر في عقد التأمين بطلان كل شرط يخالف أحكـام النصوص الواردة في الفصل الخاص بعقد التأمين إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو مصلحة المستفيد. و قد تضمن نص المادة622 من القانون المدني جملـة مـن الشـروط التعسفية، و قضى ببطلانها لما فيها من التعسف حماية للطرف المـذعن فـي العقـد، وإقرار لوجوب تحقق التوازن في عقد التأمين بإعفاء الطرف المذعن منها.

3 ـ النص على بطلان شروط تعسفية بنصوص متفرقة

و إذا تفحصنا بعض القوانين لوجدناها حتى وإن كانت لم تصف شرطا معينـا بأنـه شرط تعسفي، إلا أن المشرع اعتبرها شروطا باطلة، على أساس ما تكتسيه من الجـور والتسلط والسيطرة الذين لا يؤدون إلا إلى التعسف المذموم الذي لا يقبله المشرع لانعكاسه بالسلب على توازن أداءات المتعاقدين، و هذا الطابع الذي يكتنفها يبرر الحكم ببطلانها مع بقاء العقد قائما وصحيحا، حماية للمتعاقدين ومراعاة للعدالة وتطلبا لاستقرار المعـاملات والأمن في العقود في نفس الوقت.

ومن هذه الشروط، الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من طرف البائع، فقد أجاز القانون المدني الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالزيـادة أو الإنقاص أو الإعفاء، باستثناء حالة تعمد البائع إخفاء العيب غشا منـه، و ذلـك بموجـب المادة 384 منه والتي تنص على أنه: " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيـدا في الضمان

أو ينقصا منه و أن يسقطا هذا الضمان. غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه ". ولكنه نص على بطـلان شـرط إنقاص أو إسقاط الضمان إذا كان البائع عالما بعيب في المبيع وتعمد إخفاؤه عن المشتري غشا منه.

وفي سياق آخر حمل القانون الناقل مسؤولية ضياع الأشياء التـي يتكفـل بنقلهـا أو التهاون في نقلها في الوقت المناسب مما يتسبب في إلحاق ضرر اقتصادي خصوصا ونحن في عهد للزمن فيه قيمة تقدر ماليا. فقد نصت المادة 47 من القانون التجاري على

أنه: "يعد الناقل مسؤولا من وقت تسلمه الأشياء المراد نقلها، عـن ضـياعها الكلـي أو الجزئي أو نقلها أو التأخير في تسليمها". فهذا النص يحمل الناقل المسـؤولية عـن نقلـه للأشياء ويجعل من شرط استبعادها والإعفاء منها، شرطا باطلا وهذا ما أكدته المادة 53 من القانون التجاري والتي جاء فيها: "... يكون باطلا كل اشتراط مـن شـأنه أن يعفـي الناقل كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".

بالإضافة إلى بطلان الشروط المخالفة للأحكام الآمرة المتعلقة ببعض العقود، كما هو الحال بالنسبة لعقد القرض بين الأفراد حيث قررت المادة 454 من القانون المدني وجوب أن يكون دائما بدون فائدة، ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك. وهو ما رمت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 20 أفريل 1994، لما فرقت بين التعاقد الأصلي الخاص بمقدار الدين الصافي بدون فائدة أو أجر، وبين المسألة المتعلقة بالفائـدة غيـر القانونيـة والباطلة بموجب نص المادة 454 من القانون المدني.

إن الرغبة في حماية المتعاقدين في العقود المختلفة هي التي حدت بالمشـرع إلـى التدخل بالتنظيم المسبق للالتزامات الناشئة عن بعض العقود كما هو الحال بالنسبة لعقـد الإيجار و عقد العمل مما يؤدي إلى بطلان الشروط المخالفة له حتى ولو كانت ناشئة عن تراضي المتعاقدين.

4 ـ إعادة التوازن للعقد المبرم بين المستهلك والمحترف

تم الحرص على التفصيل في التصدي للشروط التعسفية التي يفرضـها الخبيـر القوي في العقد على المتعاقد الأقل خبرة والأكثر حاجة، وذلك بالتطرق إلى القاعدة العامة في الحماية من الشروط التعسفية وذلك بالمادتين 110 و 112 من القانون المدني ثم إلى أحكام مختلفة من نفس القانون، راعى من خلالها المشرع مراكز الأطراف.

و لا يجمل بنا أن نغفل على الميدان الأرحب لتواجد الشروط التعسفية و إدراجهـا فـي مختلف عقود الاستهلاك، ذات العلاقات المتميزة و المتمايزة، و من أجل ذلك، سوف يتم تناول إعادة التوازن للعقد الذي يبرمه المحترف المتمرس في مهنته، والمتمكن من طرق الترويج للسلعة وإظهارها في أبهى حلة، للمتعاقد معه، وهو المسـتهلك المحتـاج لهـذه السلعة التي يراها في الظروف التي يصورها المحترف أكثر من ضرورية بحيث يلزمه

اقتناؤها وهذا ما يجعل المستهلك بحاجة إلى قواعد قانونية خاصة تضـمن لـه الحمايـة الكافية والتي تم تجسيدها حديثا بموجب قانون حماية المستهلك.

وذلك من خلال القانون رقم 02/89[1] المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ومختلف القوانين المكملة التي جاءت عقبا له.

إن اقتناع المشرع بعدم كفاية القواعد العامة التي تحكم العلاقة التعاقدية سواء فـي القانون المدني أو القانون التجاري لضمان عدم اختلال التوازن بين حقوق و التزامـات طرفي عقد الاستهلاك مرده التفاوت الواضح بين المستهلك و المحترف فـي الإطـلاع على حقيقة تلك المنتجات وما تتميز به من تعقيد و ما تنطوي عليه من مخاطر و عيوب من شأنه أن يؤثر على مراكزهما القانونية و المالية، وينعكس سلبا على حقوق المستهلك.

و عليه؛ فلا مندوحة من تبيان المقصود بالمستهلك والحرفي بداية، ثم إلى تنظـيم العلاقة بينهما بموجب هذه القوانين الخاصة؛ قصد إعادة التوازن للعقـد القـائم بينهمـا. ومع أن القانون رقم 02/89 يعتبر المرجع الأساس لمختلف قواعد حماية المسـتهلك، إلا أنه تجاهل تعريف المستهلك و الذي نجد له تعريفا في المرسوم التنفيـذي رقـم 39/90 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش وتحديدا في المادة 9/2 التي تنص: " كـل شـخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي، لسد حاجاتـه الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به. " كما عرف الحرفي بموجب المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 226/90 : " كل منتج أو صانع، أو وسـيط أو حرفـي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته فـي عمليـة عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك... "[2] . وبعد النقد الموجه للقانون رقـم: 89 / 02 وكذا المراسيم التطبيقية التي تلته، جاء القانون رقم: 09 / 03 ليكمل هذا النقص بتعريف المستهلك على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخـر أو

---

[1] ألغي هذا القانون بموجب المادة 94 من القانون 09 /03 مع بقاء نصوصه التطبيقية سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية للقانون 09 /03، وعليه سوف يتم الاعتماد على بعض النصوص التطبيقية للقانون القديم.

[2] لتفصيل أكثر، أنظر المرسومين التنفيذيين المذكورين أعلاه، خاصة المواد التالية للمادتين المذكورتين.

حيوان متكفل به" ، ثم عرفت نفس المادة كل من المادة الغذائية،الإنتاج، المنتوج، قـرض الاستهلاك، الضمان...إلخ[1].

ويعد الضمان المحور الذي يوضح تحقيق التوازن في العقد، لأن هذا المبدأ الـذي اعتمده المشرع بموجب نصوص القانون المدني وعززه بالقانون رقم09 / 03 و المرسوم التنفيذي رقم 90 –266 الذي انفرد بتحديد كيفية تطبيق قواعد الضمان؛ من شأنه أن يكفل للمستهلك حقوقه التي يكون المحترف قد نال من بعضها، نتيجة التفوق و الإبهار.

و لقد أكد المشرع على الطبيعة الصارمة لقواعد الضمان من خلال نصه في الفقرة الأخيرة من المادة 6 من القانون رقم 02/89، والتأكيـد عليهـا فـي القـانون 09 / 03 وخاصة المواد : 13، 14، 15، 16 فقد جاء في نص المادة 19/3 من القـانون 03/09 ما يلي: الضمان إلزام كل متدخل من خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب فـي المنتوج باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة، أو تعديل الخدمـة علـى نفقته..." كما نصت المادة 13 من نفس القانون على أن : " يستفيد كل مقتن لأي منتـوج سواء كان جهازا أو أداة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون و يمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات... ". و قد نصت المادة 10 من المرسـوم رقـم 266/90 على بطلان كل شرط يهدف إلى إلغاء الضمان أو إنقاصه.

و يقصد بشرط عدم الضمان وفق ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة 10 مـن المرسوم التنفيذي رقم 266/90 : "....هو كل شرط يحد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدها. و بذلك أكد المشرع على أن الضمان المنصوص عليه لصـالح المسـتهلك بمقتضى القانون رقم 09 / 03 و المرسوم 266/90 يمثل الحد الأدنى من الضمان الذي يجب على المحترف توفيره جبرا و دون نقصان لصالح المستهلك. و على عكس ما هـو منصوص عليه في القانون المدني يتسع الضمان كما جاء النص عليه في القـانون رقـم 09 / 03 و المرسوم التنفيذي رقم 90-266 ليشمل زيادة على العيوب التي قد تعتـري المنتوج المعروض للاستهلاك كل خطر يمكن أن ينطوي عليه ذلك المنتوج بحسـب مـا نصت عليه المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 .

[1] أنظر، المادة 3 من المرسوم التنفيذي: 09 /03 بخصوص هذه التعريفات المختلفة .

زيادة على أنواع أخرى من الحماية القانونية للمستهلك، كإلزامية أمن المنتوجـات وهو ما نصت عليه المادتان 9 و 10 من القانون 03/09، و بنفس القانون قـرر حمايـة المصالح المادية والمعنوية للمستهلك من خلال نص المادة 19 وما بعدها. وقصد حمايـة المستهلك من إمكانية تعسف المحترف جعل على عاتق هذا الأخير التزاما يضمن به عدم تقديم المستهلك أكثر ما يستحق المنتوج المعروض عليه شراؤه مما قد يسبب عدم التوازن في العقد المنشود إتمامه.

ولقد كرس المشرع الجزائري من خلال اهتمامه بمجال حماية المستهلك حق هـذا الأخير في الإعلام الذي يكفل له معرفة المنتوج من مختلف جوانبه المرتبطة بالاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو خدمة بواسطة إسـناد بصـرية أو سمعية بصرية[1]. ولقد جاء النص على الالتزام بالإعلام بالمادة 17 من القـانون 03/09 والتي جاء فيها: " يجب على كل متدخل أن يعلم المسـتهلك بكـل المعلومـات المتعلقـة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو أي وسـيلة أخـرى مناسبة ".

المطلب الثاني: معالجة التفاوت المادي في العقد

إن المشرع وحرصا منه على عدالة العقد، لا يسمح بأن يتضرر المتعاقـد نتيجـة العقد بعد كان هدفه تحقيق منفعة مقصودة من العقد الذي أبرم في ظرف غير الوقت الذي أزف فيه أجل التنفيذ. و قد أعطى المشرع للمتعاقدين في حالات محددة تحدث أثناء تنفيذ العقد مكنات عديدة تعيد التوازن المادي للعقد. وهي حالة الظرف الطارئ الذي لا طاقـة للمتعاقد به ولا حول له باتقائه (الفرع الأول) و حالة انعدام سبب العقد أثناء التنفيذ كذلك لأن انعدام السبب أثناء الانعقاد يؤدي إلى البطلان المطلق باعتباره ركن في العقـد، و إذا بطل العقد لا مجال لفكرة التوازن (المطلب الثاني).

[1] أنظر، المادة 02 فقرة 08 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

الفرع الأول: التوازن المادي في العقد استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة

إن الطارق لموضوع التوازن في العقد، تشده حقيقة لا يمكنه الإفلات منها، وهي اتصال فكرة التوازن بين التزامات المتعاقدين بنظرية الظروف الطارئة، فلا تكاد تذكر إحداهما إلا وذكرت الثانية إلى جانبها، لما ترمي إليه النظرية من غايات نبيلة من أهمها العدالة التعاقدية. والنظرية وإن تناولها الفقه بإسهاب، ونظمها القانون بإحكام، لا يمنع أن نتناولها من خلال تبيان دورها في إعادة التوازن إلى العقد، رغم أنها ضربت قوته الملزمة في الصميم بتعريضه للمراجعة والتعديل خارج إرادة الطرفين وبالخصوص إرادة الطرف المستفيد من العقد الذي تغيرت الظروف التي انعقد فيها.

فالأصل أن العقد بانعقاده صحيحا لا يستطيع أحد المتعاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة حيث يكون ملزماً لطرفيه ويجب عليهما الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه. ولا يستطيع أي منهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله إلا باتفاقهما على ذلك أو استناداً إلى نص في القانون، فالالتزام الذي ينشئه العقد يساوي الالتزام الذي يفرضه القانون, لذا لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام نشأ عن عقد هو طرف فيه, فالعقد شريعة المتعاقدين فهو قانونهما الخاص الذي يتضمن التزامات كل من طرفيه وعليهما تنفيذه بكل ما أشتمل عليه من بالإضافة إلى كل ما يعتبر من مستلزماته.

و القاعدة كذلك أن المتعاقدين حال تعاقدهما قد تم تراضيهما على بنود العقد وشروطه وهم بذلك قد وازنوا بين مصالحهم المختلفة من خلال سعيهما لأن تكون التزاماتهم التعاقدية متوازنة على الأقل في نظرتهما المشتركة.

كما أنه إذا حدث اختلال في تلك الالتزامات ضمن هذه المرحلة فإن معالجة هذا الاختلال والآثار الناجمة عنه أو بسببه وصولاً إلى إزالة الضرر الذي لحق بأحد المتعاقدين يتم استناداً إلى الأحكام الخاصة بإزالة الشروط التعسفية عن عقود الإذعان وغيره من العقود التي سبق التعرض لاستبعاد الشروط التعسفية التي تكتنفها أو من خلال إعمال نظرتي الاستغلال و الغبن لإعادة التوازن في العقد. أما وقد ظهر اختلال التوازن في العقد وقت تنفيذه، فإنه يجب إعمال نظرية الظروف الطارئة[1].

---

[1] طالع، بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، ماجستير، الجزائر، 1983، ص 13.

ويحسن الأمر بداية أن نتبين أولا الظرف الطارئ الموجب للتعديل، ثـم إلـى إزالـة الإرهاق الناجم عن التفاوات بين أداءات الطرفين بسبب هذا الظرف في محاولة لإعـادة التوازن إلى العقد.

أولا: الظرف الطارئ الموجب لتعديل العقد

يأتي غالبا بيان حقيقة الظروف الطارئة في الاصطلاح القانوني من خلال وصـف النظرية وصفا عاما، بالاستناد إلى الوقائع التي نظر فيها القضاء، وأصـدر فـي شـأنها الأحكام فوصف الظرف الطارئ بأنه: حادث عام نادر الوقوع يطرأ علـى العقـد بعـد إبرامه، وقبل تنفيذه ولم يكن متوقعا، وليس في الوسع التحرز منه أو دفعه بحيث يـؤدي المضي في تنفيذ العقد إلى خسارة فادحة. وإن كان هناك شبه اتفاق بـين الفقهـاء علـى وصف مضمون النظرية من غير تحديد معين، فقد ظهر عند بعضهم النزعة إلى تعريف محدد للظروف الطارئة، فعرفوها كما يلي: "الظروف الطارئة هي عـدم التعـادل بـين التزامات المتعاقدين المتبادلة الذي يحدث عند تنفيذ العقد بسبب حدوث ظرف طـارئ "[1]. أو :" مجموعة القواعد و الأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد المتعاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها "[2]

ففي العقود التي يفصل بين وقت انعقادها ووقت تنفيذها فارق زمني، بحيث يمتـد التنفيذ إلى أجل، يمكن إعمال نظرية الظروف الطارئة عندما تتغير الظروف الاقتصـادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه, تغيراً فجائياً لحادث لم يكن فـي الحسـبان فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً بحيث يصبح تنفيذ المـدين للعقـد يهـدده بخسارة فادحة غير متوقعة. وطبقاً لهذه النظرية فإن التزام المدين لا ينقضي, لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة بل يتوجب إزالة الإرهاق الذي نشأ بسبب الحـادث الطـارئ أو تخفيفه إلى حد معقول بما يحقق التوازن في العقد.

---

[1] طالع ، محمد عبد الجواد، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانون الفرنسي والمصري، مجلة الاقتصاد والقانون سنة 1963، العدد2، ص193.

[2] طالع، و قذافي عزات الغنانيم، المرجع السابق، ص 301.

و القول بالفاصل الزمني بين وقت إبرام العقد و آجال تنفيذه لا يعني إعمال النظرية في نوع خاص من العقود وهي العقود المستمرة فقط، بل يمتد العمل بها إلى العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، لأن نص المادة 107 (ق. م) جاء عاما ليشمل كل العقود إلا ما يستثنى بطبيعته كعقود الغرر التي يكون توقع الحصول على فائدة مالية أمرا محتملا.

أو ما استثني بنص خاص كما نصت على ذلك المادة 95 من القانون المدني: " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

و استنادا إلى نص المادة 107 من القانون المدني، فإنه لا يعتد بأي ظرف مهما كانت أهميته و درجته للتذرع بإمكانية إعادة التوازن المادي للعقد بسبب هذا الحادث، و إنما لا بد أن يحمل هذا الظرف خصائص معينة، و يتسبب في نسبة معينة من الخسارة لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد.

و قد جاء نص المادة في فقرتها الثالثة كما يلي: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

و يقصد بالحادث الطارئ أن تقع بعد إبرام العقد وقبل إكمال تنفيذه حوادث استثنائية عامة وغير متوقعة. و حتى يوصف الحادث بأنه طارئ لابد أن يكون الحادث استثنائيا، أي يندر وقوعه بمعنى أن يكون الحادث مما لا يتفق مع السير الطبيعي للأمور كونه غريب عما ألفه الناس واعتادوه في حياتهم ومعاملاتهم اليومية العادية. ومن الحوادث الطارئة ما يعتبر استثنائيا لذاته بوصف يتعلق به، وذلك لقلة وقوعه، كنشوب حرب أو اندلاع ثورة شعبية عارمة، أو حدوث زلزال أو وباء أو فرض تسعيرة جبرية أو إلغاؤها أو استيلاء إداري.

ومن الحوادث ما يكثر وقوعه فلا يكون استثنائيا بحيث يؤدي إلى انطباق النظرية إلا إذا بلغ حدا يجاوز المألوف، كفيضان عال إلى درجة يندر وقوعها أو ارتفاع باهظ في

الأسعار إلى حد كبير أو هجوم لأسراب هائلة من الجراد تزيد على القدر المألوف بدرجة كبيرة و يلزم في الحادث الاستثنائي أن يكون عاما. وقد أراد المشرع بوصف العمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين، بل يجب أن يكون شاملا لطائفة من الناس كما هو واضح من الأمثلة المذكورة. و من الظروف الخاصة بالمدين إفلاسه أو إعساره أو مرضه أو احتراق محصوله من زراعة أو ثمار أو تلف بضاعته، وكلها أمثلة وغيرها مما لا تكفي لتطبيق النظرية.

وينتقد اشتراط صفة العمومية في الحادث الاستثنائي من كون هذا الشرط يجافي المنطق القانوني من حيث طبيعة الحادث والأثر الذي يترتب عليه, ذلك أن القوة القاهرة قد تكون أمراً عاماً وقد تكون حادثاً فردياً خاصاً بالمدين وربما تكون أشد وطأة من الحادث الطارئ العام بالنسبة إلى المدين فهي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وهذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام في حين أن الحادث الاستثنائي العام يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فقط فكيف يجوز بعد ذلك أن يشترط في الحادث الاستثنائي مالا يشترط في القوة القاهرة كما أن اشتراط صفة العمومية يخالف مقصد نظرية الحوادث الطارئة في تحقيق التوازن بين التزامات المتعاقدين سواء كان الظرف المحدث للخلل عاما أو خاصا. بالإضافة إلى أن وصف الحادث بالعموم يضيق من نطاق هذه النظرية، ويكون هذا ما عناه المشرع من هذا الشرط حتى لا ينال تطبيق النظرية كثيرا من القوة الملزمة للعقد.

وكانت إضافة المشرع لهذا الوصف على الرغم من خلو بعض القوانين من هذا الشرط كما فعل كل من استبعده القانون البولوني والإيطالي، رغبة منه في أن يضيق من نطاق

أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن دفعه و يراد بهذا الشرط أن لا يكون في الوسع توقع الحادث وقت إبرام العقد. فالحادث غير المتوقع هو الحادث الذي يجاوز تقدير الطرفين عند إبرام العقد ويفوق حساباتهم الاستشرافية.

هذا وينبغي أن يكون عدم التوقع نسبياً لا مطلقاً فالحادث الطارئ الذي لا يمكن توقعه هو الحادث غير الممكن توقعه اعتيادياً أما الحوادث النادرة فلا تعتبر متوقعة. كما أنه إذا كان العقد مبرماً لمدة طويلة فإن احتمال وقوع الظروف الطارئة خلال مدة تنفيذه أكبر من احتمال وقوع الظروف الطارئة في حالة كون العقد مبرماً لمدة قصيرة. وتتأثر درجة توقع

الظرف الطارئ بحالة المتعاقد فيما إذا كان فردا أو شركة أو مؤسسة، فإن إمكانية توقـع الفرد للظرف الطارئ مهما أوتي من إمكانات وقدرات تكون محدودة بخلاف الشركة لمـا تملكه من إمكانيات وخبرات تجعل توقعها للظرف الطارئ واردا.

ويترتب على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون مما لا يستطاع دفعه فالحـادث الـذي بالإمكان دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع و الحادث الذي لا يمكـن دفعه هو الذي ليس بإمكان المتعاقد أن يتفاداه وأن يتوقى آثاره فإذا كان بإمكانه دفع هـذا الحادث وتوقي آثاره ولم يفعل كان مخطئاً وعليه أن يتحمل نتيجة خطئه وليس له المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة للاستفادة من حمايتها له. ومعيار التوقع أو عدمه معيار موضوعي يعتد فيه بالشخص المعتاد لا بشخص المدين، بحيث أن الحادث الطارئ الـذي كان في إمكان الشخص المعتاد توقعه يعتبر حادثا متوقعا، ولو كان المدين نفسه لم يتوقعه، لأن المعيار التوقع ليس بمعيار شخصي وهو ما يتلاءم مع النظرية.

و يشترط أخيرا أن يكون هذا الحادث الاستثنائي قد جعل التزام المدين مرهقا بحيـث يهدده بخسارة جسيمة إذا نفذ التزامه. لأن إرهاق المدين يعتبر من أهم الشروط التي يجب الاعتماد عليها للقول بأن هناك اختلالاً في التوازن المالي للعقد ومن ثم تطبيـق نظريـة الظروف الطارئة و لذاك لا مجال لتطبيقها إذا كان من شأن هذه الظروف أن تجعل التزام المدين ثقيلا لا مرهقا إرهاقا كبيرا.

و قد تجنب المشرع تحديد الإرهاق ومقداره، وبذلك فإنه قد ترك أمر تحديده إلـى القضاء لكنه على العموم أشار إلى الخسارة الجسيمة المؤكدة والثابتة بوصـفها بالفادحـة التي تصيب المدين جراء تنفيذه لالتزاماته المترتبة عليه بموجب العقد مما يؤدي لا محالة إلى الخلل في التوازن التعاقدي. فالعبرة في هذا الصدد هي بمدى ما يتحمله المدين مـن خسارة، فإذا كانت هذه الخسارة فادحة وغير طبيعية، كان هناك مجالا لتطبيـق نظريـة الظروف الطارئة أما إذا كان من شأن هذه الحوادث أن تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا فالمجال يفسح لتطبيق حالة أخرى ألا وهي حالة القوة القاهرة.

ثانيا : إزالة الإرهاق الناجم عن تفاوت الأداءات بسبب الحادث الطارئ

إن إزالة الإرهاق عن الطرف الذي لحقته خسارة كبيرة نتيجة الظـرف الطـارئ ليس له من هدف سوى إعادة التوازن إلى العقد[1] و على المتعاقد الذي يطالـب بتطبيـق نظرية الظروف الطارئة ويتمسك بها أن يستمر في تنفيذ التزامه بـالرغم مـن الظـرف الطارئ الواقع وتأثيراته الضارة على مصلحته وفائدته من العقد، وإذا توقف عـن تنفيـذ التزاماته العقدية كما هي واردة في العقد, فيكون غير جدير بالحماية التي تقررها النظرية في مساعدة المدين والأخذ بيده لغرض تمكينه من تنفيذ ما كان قد التزم به بصفة عادلة.

و يكون إزالة الضرر الذي أتبع الإرهاق الناتج عن الظرف الطارئ مـن خـلال وسائل مراجعة العقد والتي اختلف الفقه بشأنها، فمن قائل بوجوب التمسك بـنص المـادة 107 ق.م فيكون الإنقاص من التزامات الطرف المتضرر من العقـد الوسـيلة الوحيـدة لإعادة التوازن إلى العقد، إلى القائلين بعدم وجود فرق بين الإنقاص والزيـادة لكونهمـا يؤديان نفس الغرض ويذهب آخرون إلى حد القول بفكرة فسخ العقد إذا كانت هي الوسيلة المثلى لتحقيق التوازن في العقد.

إذا توافرت شروط النظرية وبعد الموازنة بين مصلحة كل طرف من طرفي العقد، جاز للقاضي معالجة أو إزالة الاختلال في التوازن وبما يؤدي إلى رفع الإرهاق الواقـع على أي من الطرفين المتعاقدين، فقد يرى القاضي إن مقتضيات العدالة, توجـب إزالـة الإرهاق عن المدين وذلك بزيادة التزامات الدائن فمثلاً إذا كان شخص ما قد تعاقـد مـع آخر على توريد كمية معينة من مادة معينة وبسعر محدد ومتفق عليه بين الجانبين وقـت التعاقد, ولظروف طارئة غير متوقعة حصلت أثناء التنفيذ أرتفع ذلك السعر ارتفاعاً كبيراً بحيث أدى إلى أن تكون عملية توريده من قبل الطرف الآخر مرهقة له. و لغرض إزالة الإرهاق عن المدين, على القاضي أن يتبع أسلوباً بمقتضاه يتم الوقوف على مقدار الزيادة المتوقعة أو المألوفة في الظروف الاعتيادية في أسعار نفس المادة. وخلال نفـس الفتـرة التي يتم بها تنفيذ الالتزام معاصرة مع الظرف الطارئ, أي أن يتم احتساب الزيـادة فـي الأسعار ضمن نموها الطبيعي وكأن الظرف الطارئ لم يقع أو ليس له وجود, وبعد تحديد

[1] أنظر في هذا الشأن، قرار المحكمة العليا رقم 507191 بتاريخ 24 / 10 / 1999 المجلة القضائية، 1999، العدد 2 ص 56.

هذه الزيادة بمعرفة أهل الخبرة والاختصاص يتم طرحها من المستوى الذي بلغته الأسعار لنفس المادة بسبب الظرف الطارئ. وبذلك يتم التوصل إلى معرفة مقدار الزيـادة غيـر المتوقعة في الأسعار وبعدها يقرر القاضي زيادة التزامات الدائن برفع السعر المتفق عليه أثناء التعاقد إلى حد معقول بحيث لا يرهق أحد الطرفين من العقد.

غير أن هناك من يشكك في صحة الرأي القائل بإمكانية استعمال القاضـي وسـيلة الزيادة في التزامات الدائن لإعادة التوازن إلى العقد المختل بسبب الحدث الطارئ، وذلك لأن عبارة " Réduire " في المادة 107 من القانون المدني تعني الإنقاص من التزامات المدين الذي أرهقه الظرف الطارئ و لم تشر للزيادة في التزام الدائن، ولو انصرفت نيـة المشرع إلى الزيادة لما توانى في التعبير عن ذلك صراحة كما فعل في المادة561 ق.م.[1]

وبما أن المشرع استعمل كلمة " يرد " فقد رافع آخرون على أنها العبارة الأنسـب للتعبير عن معالجة الخلل في توازن التزامات المتعاقدين، بإرجاع أداءاتهم متكافئـة كمـا توقعوها أثناء الاتفاق، والرد يحتمل معاني كثيرة يختار القاضي ما يحقق به إعادة التوازن إلى العقد وهو عين ما تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى تحقيقه من عدالة واستقرار.[2]

و بما أن الغرض من الحكم المقرر بموجب الفقرة الثالثة هو معالجة الخلـل فـي التوازن التعاقدي الناتج عن الحادث الاستثنائي الطارئ، وبما أن الوسيلة القانونيـة مـن إنقاص أو زيادة في الالتزامات، تكون بيد القاضي و سلطته التقديرية في المبلغ و قيمتـه، فلا مشاحة في الاصطلاح إذا كان الغرض هو تحقيق العدالة العقدية، بأي لفظ يمكن مـن خلاله للقاضي إرجاع التوازن الاقتصادي للعقد، و إذا كان المشرع قد استعمل لفظ الـرد فنسلم بأنه يحتمل الإنقاص من التزامات المدين، كما يحتمل الزيادة في التزامات الدائن، و

---

[1] طالع في تفصيل أكثر فيلالي علي، العقد، المرجع السبق، ص 305 وما بعدها.

[2] طالع، بن شنيتي حميد، المرجع السابق،ص 62 ، وقد أورد الأستاذ بن شنيتي في رسالته تعليقا على نص المادة 107 نورده كاملا لوضوح دلالته: " لأن عبارة رد الالتزام المرهق إلى الحدود المعقولة من قبل القاضي كأثر لحدوث الظروف الطارئة، وردت بهذه الصورة في نص المادة 3/107 مدني باللغة العربية على عكس ذلك استعمل النص باللغة الفرنسية كلمة " إنقاص "Réduire " هذا الاختلاف قد يؤدي بالبعض إلى القول بأن استعمال كلمة إنقاص التي أوردها المشرع باللغة الفرنسية لا تؤدي معنى التعديل بأي حال، بل تنقص من سلطة القاضي إذ لا تخول له إلا سلطة ضيقة في التعديل، تتمثل في إنقاص الالتزام. وإذا أخذنا بهذا المعنى فإن الإنقاص لا يكون الوسيلة المناسبة لإعادة التوازن إلى العقد المختل، فإنه لا ينطبق على بعض الحالات أما كلمة يرد فتنسجم تماما مع معنى التعديل الذي هو مقصود المشرع من إيراد النص إذ تمثل ضمانة كبيرة لتحقيق العدالة".

نستبعد كل احتمال يحمل غير هذين الحلين أو ما يستهدفانه، إلى أن يـتم تعـديل الـنص الفرنسي للمادة، و الإبقاء على لفظ " الرد "، لأنه الأنسب لفكرة التوازن في العقد.

كما أن لعبارة " تبعا للظروف " التي جاءت في نص نفس المادة من الدلالة ما يجعلها تتلاءم مع لفظ الرد، لأن العبارة لم ترد في النص عبثا، بل جاءت لتقييـد سـلطة القاضي،[1] و توجيه اعتنائه بالظروف المحيطة بالتعاقد من جهة و ما يناسب إعادة التوازن لأداءات المتعاقدين و إزالة الإرهاق بالوسيلة الملائمة من جهة أخرى.

ومن هذا المنطلق فليس للقاضي أن يحكم بالفسخ من تلقاء نفسه، كما لا يتـأتى لـه الحكم بذلك بطلب المدين المرهق لأن المشرع لم يعطه الحق في طلـب الفسـخ، علـى غرار بعض التشريعات، لأن الاعتداد بنظرية الظروف الطارئة بموجب النص عليها في القانون المدني الجزائري يهدف إلى الإبقاء على العقد، مع توزيع الأعباء علـى طرفـي الرابطة العقدية تحقيقا للعدالة.

ومن الفقهاء من يرى بوقف تنفيذ العقد كوسيلة لإزالة الإرهاق عن المدين ، غيـر أن ترجيح الالتزام بحرفية النص والاكتفاء بمكنة الإنقاص من التزامات المدين دون الزيـادة في التزامات الدائن، تستدعي استبعاد إمكانية فسخ أو وقف العقد، للتضييق مـن سـلطة القاضي في التعديل من جهة، والحفاظ على استقرار المعاملات من جهة أخرى.

لأن النظرية ما هي إلا استثناء من قاعدة مقدسة، ولا يجوز التوسع في الاستثاء إلا بما حدده المشرع إما بالنص ذاته، أو بالنصوص التي تعتبر تطبيقا لـه، معالجـة لحـالات خاصة.[2]

و من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، معالجة التفاوت المادي الكبير بين أداءات المقاول ورب العمل في عقد المقاولة، نتيجة حوادث استثنائية عامـة أدت إلـى اخـتلال التوازن في العقد الذي أبرم في ظروف عادية لم يضع المتعاقدان في حسـاباتهم التقـدير

---

[1] طالع، جميلة بولحية ، المرجع السابق، ص 138، فاضل خديجة، المرجع السابق، ص 103.

[2] و إذا أردنا أن نتفادى النقد و الفصل بين النص الفرنسي و العربي للمادة، يمكن أن تصاغ المادة 107 فـي فقرتهـا الثالثة كالآتي: "" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتـزام التعاقدي صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف أن يعيد التوازن إلى العقد، ويقـع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."

المالي لهذه الحوادث الاستثنائية الطارئة، و تحقيقا للتوازن المادي للعقد أجـاز المشـرع للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر إذا كان كافيا لإعادة التوازن لأداءات أطراف التعاقد، كما أعطى المشرع للقاضي مكنة خطيرة بيده تعد انتهاكا لحرمة العقد وضربا لقوته الملزمـة بإجازته فسخ العقد إذا لم تكن الزيادة في الأجر كافية لإعادة التوازن في العقد.

وقد جاء نص المادة 561 من القانون المدني كالآتي: " إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأيـة زيـادة فـي الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو أن يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره.

يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفـق عليـه مشافهة. غير أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو فسخ العقد".

الفرع الثاني : التوازن المادي للعقد استنادا إلى فكرة انعدام السبب

تم التطرق فيما سبق إلى وجوب الحد من القوة الملزمة للعقد إذا كان المتعاقـدان أو أحدهما بموجب نفس العقد مهدد بخسارة فادحة من شأنها أن تؤثر في اقتصاديات العقد فتحدث بذلك اختلالا في توازن الأداءات في العقد. وإذا تم التسـليم بضـرورة التـدخل لمعالجة هذا التفاوت، فمن البديهي والمنطقي أن يتم التصدي إلى العقود التبادلية و خاصة عقود المعاوضة التي ينعدم فيها المقابل كنتيجة حتمية لانعدام السبب.

أولا: فكرة انعدام السبب

إن لكل عقد أركان يقوم عليها ولا وجود قانوني له بدونها، فيفترض أن يتراضـى المتعاقدان على محل ممكن وموجود ومشروع وعلى سبب موجود ومشروع كذلك. فـإذا تخلف ركن انهدم العقد رغم توافر الركنان الآخران، وانهارت العملية التعاقدية لأنها لـم تبن على الأسس الكافية لقيامها. ومن هنا جاءت فكرة انعدام السـبب وعلاقتهـا بوجـود المقابل، وارتباطها بقيام العقد صحيحا.

و تتلخص فكرة انعدام سبب الالتزام في العقود التبادلية وعقود المعاوضة بصـفة أدق في فقدان الغرض من بقاء أحد المتعاقدين ملتزما بالعقد ومستعدا للوفاء بـه، رغـم

غياب التزام المتعاقد الآخر، الذي لم ينفذ ما عليه من التزام وغير مستعد لتنفيـذه. وهـذا الالتزام يرفضه المنطق السليم، و يلفظه كل عرف ودين وقانون، انطلاقا من عدم وجـود مبرر لالتزام بدون مصلحة في العقد التي تتلاشى بانتفاء المقابل بانعـدام السـبب، إلا إذا كانت إرادة الملتزم معيبة أو مغيبة.

ومن دواعي كفاية السبب وفق النظرية التقليدية، أن يكون المقابل المادي الذي ارتجـاه المتعاقدان قد تحقق لكل منهما أو من الممكن تحققه، فإذا أقدم الشخص علـى تقـديم أداء معين دون التزام من الطرف الآخر ، أمر يطرح الفرضيات التالية: إما أن يكون الشخص قد اعترى إرادته عيب من العيوب التي أفسدت رضاءه ومثاله المكره، أو كـان شخصـا غير ذي أهلية كأن يكون المتعاقد مجنونا، وهذا الفرض لا يعنينا لسبق التعـرض إليـه. والفرض الثاني أن يكون العقد تبرعا، أو احتماليا وهي عقود نستثنيها لأن مجال نظريـة سبب الالتزام هو العقود الملزمة للجانبين، التبادليـة، وعقـود المعاوضـة علـى وجـه الخصوص لاشتراط وجود البدل و تقابل الالتزامات وترابطها في هذه العقود.

أو يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين و يكون الشخص سليما مدركا ومـع ذلـك نسجل غيابا لأي سبب يفسر رضاه بالخسارة المترتبة في جانبه إلا إذا افترضنا أنه اعتقد خطأ بوجود المقابل، وهذا الخطأ في افتراض وجود السبب يعبر عنه بالسبب المغلوط. و هذا الفرض هو الذي يعلل التزام الشخص دون مقابل كاف، بمعنى أن يكون المتعاقد قـد وقع في غلط جوهري في المقابل الذي استهدفه حين تعاقد.

كما يشترط في وجود السبب وصحته ألا يكون العقد عقـدا صـوريا. و يتصـف العقـد بالصورية عندما لا يعبر ظاهره عن نية المتعاقد الحقيقية، تلك النية التي يعبر عنها عقـد آخر غير ظاهر وهو العقد الحقيقي الذي أخفاه المتعاقدان قصدا وأظهرا عقدا ظاهره فيـه الصحة وباطنه قد تعتريه الظنون بشأن مشروعيته و صحته و وجـوده. والعقـد القـائم الصحيح يرتبط بمشروعية السبب الحقيقي ووجوده، أما السبب الظاهر فقد يكون سببا لعقد آخر غير العقد الذي ارتضاه المتعاقدان وانصرفت إليه إرادتاهما وبالتالي، فـإذا أخفـى المتعاقدان سببا غير مشروع مظهرين سببا آخر ولو كان موجودا إلا أنـه سـبب غيـر صحيح، انطلاقا من مخالفته إما للنظام العام و إما للآداب العامة، فهو سبب غير مشروع

استوجب التصدي له بتوقيع البطلان و ما عدا هذا الحضر تكون الإباحـة، ويقـع علـى المدين إثبات صورية السبب أو إثبات صورية مشروعيته.

و قد ركز المشرع على مشروعية السبب، وجعل العقد باطلا بطلانـا مطلقـا إذا كان سبب التزام المتعاقدان غير مشروع وعلى ذلك نصت المادة 97 من القانون المـدني الآتي نصها: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسـبب مخـالف للنظـام العـام والآداب، كان العقد باطلا". كما نصت المادة 98: " كل التزام مفتـرض أن لـه سـببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على ما يخالف ذلك.

و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخـالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشـروعا أن يثبت ما يدعيه".

إن المشرع قد أخذ بازدواجية السبب من خلال التركيز علـى مشـروعيته أخـذا بالنظرية الحديثة للسبب، التي تهتم بالباعث و الدافع إلى التعاقد وهو أمر شخصي ومتغير وبعبارة أكثر وضوحا، تكون العبرة بسبب العقد، وليس بسبب الالتزام.

وإلى جانب هذه النظرية تمسك المشرع بالنظرية التقليدية باهتمامه بسبب الالتـزام وهـو السبب القصدي، زيادة على اشتراط النص الفرنسي للمادة 97[1] ق. م وجود السبب.

ومهما يكن من أمر فإن الهدف الرئيس لنظرية سبب الالتزام، هو ضمان تكـوين العقد بصفة صحيحة ومشروعة، بحيث تكون فيه أداءات طرفيه قائمة على أسس تبـرر

[1] النص الفرنسي للمادة 97 : « le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire a l'ordre publique ou aux bonne mœurs.

ويعقب الأستاذ علي فيلالي على القائلين بازدواجية السبب بالقول: " وفي اعتقادنا فإن هذا النقص في دقة التعبير، وعدم تطابق النص العربي مع النص الفرنسي لا يشكلان عائقا للكشف عن موقف المشرع، بل يرجع إلى تأثر واضعي القانون المدني بالقانون الفرنسي. و يظهر أن ازدواجية السبب غير مبررة؛ لأن الأغراض التي يتطلع إلى تحقيقها شرط وجود الالتزام يمكن تحقيقها بطرق مختلفة منها: المحل، والرضاء. و أما العدالة التبادلية التي يطمح القضاء الفرنسي إلى تحقيقها من خلال سبب الالتزام، فإن المشرع تناول وعالج صراحة الحالات التي تستحق ذلك وهذا من خلال الأحكام الخاصة بعقود الإذعان، وكذا نظرية الاستغلال وغيرها. غير أننا لا ننكر أن سبب الالتزام هو النظام الوحيد الذي يبرر بعض الأحكام كالدفع بعدم التنفيذ، وتحمل التبعة". أنظر، فيلالي علي، المرجع السابق، ص، 203.

التزامهما وفي غياب التزام أحد الفريقين، يفقد الالتزام المقابل مبرر بقائه قائما، حيث تجد فكرة انعدام السبب إطارا قانونيا لإعمالها.

وكان من أبرز المدافعين عن النظرية التقليدية للسبب الأستاذ كابيتان ولكنـه لـم يدافع عنها بالشكل الذي كانت عليه بل دافع عنها بعد إدخال تعديلات جوهرية على مفهوم السبب فقد استفاد كابيتان من الانتقادات التي وجهها كثير من الفقهاء للنظرية. منطلقا من أن سبب الالتزام هو تنفيذ الالتزام المقابل وليس وجود هذا الالتزام. [1]

ففي العقود التبادلية، فإن سبب التزام أحد الطرفين، ليس هـو التـزام الطـرف الآخر. إنما هو تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه المقابل. فالذي يدفع الشـخص لبيـع سـلعة معينة، ليس معناه الحصول على وعد بدفع ثمنها من المشتري، بل الحصول على الـثمن. وفي مقابل ذلك؛ فالمشتري يدفع الثمن في سبيل الحصول على ملكية الشيء المبيع. بهـذا التعديل على النظرية التقليدية نتفادى إمكانية وجود التزام أحد الطرفين، في غياب تنفيـذ الطرف الآخر في العقد لالتزامه. إذ أن هناك فرق بين وجود الالتزام و تنفيذه وأن فائـدة هذا التعديل تبدو واضحة لأنه يكشف لنا مدى ارتباط مصير الالتزامين المتقابلين.

لأن أثر السبب لا يقتصر على الوقت الذي يتم فيه العقد، بل إن هذا الأثر يستمر مادام الالتزام لم ينفذ تنفيذا كاملا. ذلك أن الالتزام لا ينفذ إلا إذا بقي مستندا إلى سبب يبـرره. وبذلك يختلف السبب عن الرضاء والأهلية اللذان يكفي توافرهما عند إبرام العقد. وبهـذا الطرح تجنب كابيتان النقد الموجه للنظرية التقليدية [2]

إن توسيع دور السبب ليمتد من مرحلة إبرام العقد إلى مرحلة تنفيذه، تعكس المكانة التي تتبوؤها فكرة السبب و من ثم فكرة انعدامه، لأن ترابط الالتزامات المتقابلة هي أهـم ميزة تتميز بها العقود التبادلية وعقود المعاوضة على الخصوص، فالغرض من العقد ليس الوجود البسيط للالتزام المقابل، بل هو التنفيذ الفعلي لهذا الالتزام، لأن سبب التـزام كـل طرف في العقد هو التزام المتعاقد الآخر، وهو ما يحفظ للعقد توازنه من مرحلة الإنشـاء إلى لحظة الإبراء بتنفيذ كل طرف في العقد ما تعهد بأدائه.

---

[1] راجع، أحمد محمد ديب حجال، المرجع السابق، ص 318، و محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 334.

[2] Jacques guestin cause de l'engagement et validité du contrat , L.G.D.J,2007. n°88et s., p 60.

ثانيا: أثر فكرة انعدام السبب على توازن أداءات المتعاقدين

إن أهمية الأخذ بفكرة انعدام السبب لتحقيق التوازن في العقد بمـا أنـه الغـرض المنشود تتجلى في حاجتنا إلى ما نستند عليه للتدليل على أحكام أوجدها المشرع لمعالجـة اختلالات تعاقدية أثبتها الواقع وأنتجها تعدد المعاملات المالية وكثرة تفرعاتها. ولا يكـون من صميم بحثنا أن نتعرض إلى النظريتين والانتقادات التي طالت كل منهما و لا حاجة للخوض في هذه الاختلافات ونكتفي بعرض وجهة نظر المدافعين على سـبب الالتـزام. فنتعرض أولا إلى أن انعدام سبب الالتزام لا يؤدي إلى اختلال التوازن في العقد فقد وإنما يؤدي إلى انعدام التعادل ويحسن بنا ثانيا أن نتطرق أخيرا، إلى الانعدام الكلـي للسـبب وإلى الانعدام الجزئي.

1. انعدام تعادل الالتزامات بانعدام السبب

السبب ـ كما تقدم الذكر ـ ركن ركين في العقد، ولا بد أن يكون هذا السبب هـو الذي دفع الطرفين المتعاقدين على الالتزام بما حدد في العقد المبرم بينهما، فهو الغـرض الاقتصادي لتعاقدهما و على هذا فالالتزام بدون سبب أمر مستغرب وغير مستسـاغ. ولا يمكن تصور التزام شخص على قدر من العقل و الوعي و الإدراك بدون سبب.

و انطلاقا من كون سبب الالتزام في العقود التبادلية هو نفسه سبب التزام الطـرف الآخر في العقد. فإن انعدام سبب التزام أحد المتعاقدين يؤدي مباشرة إلى القـول بانعـدام المقابل الذي من أجله التزم المتعاقد الآخر. لوجود الارتباط والتقابل بين أداءات المتعاقدين و بقاء هذا التلازم إلى غاية تنفيذ العقد تنفيذا يحقق الغاية من إقبال كل طرف فـي العقـد على الولوج في دائرة التعاقد، وتتمثل هذه الغاية في حصوله على المنفعة من العقد متمثلة في الحصول على العوض، وإذا انتفى المقابل الاقتصادي في عقود المعاوضة بطل العقـد لتخلف ركن السبب.

و يشترط في هذه العقود القصد من طرفي العقد. فهـي لا تقتصـر علـى الجانـب المادي، بل العبرة فيها بقصد كل متعاقد بأن يتلقى العوض المقابل، و هي عمليـة ماديـة منضبطة تتجه إلى تحقيق التوازن في مضمون العقد.

2. الغياب الكلي لسبب الالتزام

إن وجود سبب الالتزام الذي يتحدد لحظة إنشاء العقد لا يطرح إشكالا في العقود الفورية إذ يتحد وقت إبرام العقد مع وقت تنفيذه، إلا أن مسألة وجود السبب وكفايته، أو انعدامه تدق في العقود المستمرة، أو التي يتراخى فيها التنفيذ إلى آجال، مما يجعل البحث عن بقاء سبب الالتزام واستمراره كافيا لحظة تنفيذ العقد.

و إذا كان عدم كفاية السبب يؤثر في توازن العقد، فإن الغياب الكلي لسبب الالتزام يؤدى إلى انعدام التعادل بين الأداءات بالنظر إلى الالتزامات المتقابلة والمترابطة في العقود التبادلية وبانعدام سبب الالتزام يقع العقد باطلا.

وبما أن نظرية السبب تقوم على مبدأ التناسب و الترابط بين الالتزامات المتقابلة، فإن الفقدان الكلي لسبب الالتزام، لا يعيده التعديل موجودا، ولا تكفيه فكرة الموازنة بين الأداءات لتصحيح الأوضاع، لأن هذا الانعدام قد أفقد العقد غاية قيامه. و يتجلى ذلك في حالات القوة القاهرة التي يستحال فيها تنفيذ أحد الطرفين للعقد من جانبه.

لأن الفكرة المشتركة غاية في الأهمية، بالنظر إلى الارتباط بين توازن الأداءات وهو العنصر الموضوعي ودور الإرادة وهو العامل الشخصي، فيما يشكل التعادل المطلوب المحصلة، كون الإرادة هي التي تحدد نوعية المقابل المحدد لمقدار الالتزام، فلا وجود للسبب في غياب الإرادة الضامنة للتعادل.[1]

والحقيقة أن هذه الآراء ونقدها، يرجع إلى مدى الأخذ بإحدى النظريتين المتعلقتين بفكرة السبب، ولا غرابة أن يتمسك أنصار سبب العقد بالغلط، لأن الدافع إلى التعاقد أمر خارجي يتفق مع الأخذ بنظرية عيوب الإرادة، وترتيب البطلان النسبي على العقد. وفي المقابل يستساغ ألا يؤخذ الغلط بعين الاعتبار من المتمسكين بسبب الالتزام ذي الطابع الموضوعي الملازم للعقد، إلا في حدود ما بيناه في الفصل الأول من هذا البحث.

---

[1]Jacques guestin ,op. cit. n°98., p 64.

3. الغياب الجزئي للسبب

إن المجال الخصب لإعمال نظرية عدم كفاية سبب الالتزام أو الغياب الجزئي له هـو العقود التبادلية، وهي أكثر إعمالا في عقود المعاوضة بوجود البدل أو العوض، لارتبـاط سببي الالتزام بعضهما ببعض وتقابلهما، بحيث يتجلى المقابل الذي يبتغيه المتعاقدان مـن التزاماتهما. ويعد السبب كافيا بالنظر إلى قيمته المحددة الباقية كما ارتضاها الطرفان من غير غبن ولا انعدام. ففي كثير من الأحيان لا يوجد فقدان تام لسبب الالتزام، ولكن رغـم هذا الوجود إلا أنه وجود غير كاف، يجعل المقابل غير عادل.

وترمي نظرية الفقدان الجزئي لسبب الالتزام إلى وجوب تحقيق التوازن المادي في هذه العقود بالاعتماد على معايير التوازن و خاصة منها معيار التناسب بين الأداءات المتقابلة في محاولة لمعالجة التفاوتات الممكن حصولها بين التزامات المتعاقدين، ويكون بشد أزر الطرف الضعيف بالإنقاص من التزاماته، أو بإلقاء الجزاء على المستأثر بمنـافع العقـد بزيادة التزاماته أو حرمانه من هذه المنافع بفك الرابطة العقدية.

فكلما كان التفاوت مؤثرا كلما انعدم التناسب بين الأداءات ما يؤدي إلـى الخلـل فـي التوازن كنتيجة للغياب الجزئي لسبب الالتزام لعدم تحقق الغرض الاقتصادي مـن العقـد المبرم بين الطرفين. لأن الأصل في عقود المعاوضة أن يحصل كل متعاقـد علـى مـا يتناسب مع أدائه المقدم، ويكون من الطبيعي أن تستبعد نظرية الفقدان الجزئـي لسـبب الالتزام في عقود الغرر لأن الإثراء والافتقار يقومان على مجـرد الاحتمـال، و مجـال لاعتبار التناسب بين تقديمات المتعاقدين، لانعدام التوازن الانطلاقي في هذه العقود.

ثالثا: فكرة انعدام السبب مبرر لبعض أحكام القانون المدني

بعد أن تعرضنا إلى الانعدام الكلي والانعدام الجزئي لسبب الالتزام، وأثر كل حالـة على توازن التزامات المتعاقدين، وبعد الإشارة إلى أن بعض التشريعات اسـتندت علـى فكرة غياب السب أو عدم كفايته لإقرار بعض الأحكام والتي يكفي لتبريرها الأخذ بنظرية سبب الالتزام والقول بالوجود أو الانعدام ينتج آثارا مختلفة على أداءات أطراف العقد. و قد نحى المشرع نفس المنحى فرتب على انعدام السبب إقرارا لعدة أحكام ومنها الـدفع بعدم التنفيذ، تحمل التبعة.

1 ـ ـ ـ الدفع بعدم التنفيذ أخذا بنظرية انعدام السبب

الدفع بعدم التنفيذ هو حق المتعاقد في العقود التبادلية في الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، فالغرض منه إذن هو تأخير تنفيذ الالتزامات إلى حين تنفيذ الالتزامات المقابلة، و يتداخل مفهوم الدفع بعدم التنفيذ مع قاعدة أخرى في القانون المدني وهي قاعدة الحق في الحبس.

وقد تناول المشرع الدفع بعدم التنفيذ بموجب نص المادة 123 ق.م وقد جاء فيها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

وتناول الحق في الحبس بالمواد 200، 201 والمادة 202 من القانون المدني.

وقد جاء نص المادة 200 ق. م كما يلي: " لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام المدين. أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء لالتزامه هذا ".

1.1 ـ ـ ـ ـ شروط التمسك الدفع بعدم التنفيذ

ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ وسيلة مثلى وفعالة لحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته، دون الالتجاء إلى فسخ العقد، وهو ما يفسر تمسك الدافع بالعقد الذي يفترض أن يكون ملزما للجانبين، لكن هذا التمسك لا يعني إقرار التقصير من جانب الطرف الآخر في العقد أو التساهل في قبول عدم الوفاء بالالتزامات التي تعتبر سبب التزام الدافع بعدم التنفيذ، وفي حالة هذا الغياب يكون من المناسب و الموافق للمنطق والقانون أن يمتنع المتعاقد عن تنفيذ الالتزامات المترتبة في حقه بموجب نفس العقد، كوسيلة لإكراه المتعاقد الآخر و إجباره على تنفيذ التزاماته.

و هو يعتبر الرد الأمثل على المطالب باستيفاء حقه ومنافعه من العقد، دون أن يفي بما عليه من التزام بتمكين الطرف الآخر في العقد من حصوله على منفعته المرجوة، انطلاقا من كون التزامهما التزاما تبادليا يحتم على كل جانب الوفاء بما التزم به.

و لإعمال نظرية فقدان السبب للتمسك بعدم التنفيذ يفترض أن يكون العقد ملزما للجانبين بما يفيد التقابل والترابط بين أداءات المتعاقدين، وبذلك يستبعد تطبيقها على العقود الملزمة لجانب واحد لانعدام الالتزام في الجانب الآخر من العقد، وتستبعد كذلك

عقود الغرر للاستحالة الفعلية لمنطقية وجوب تحقق المقابل، ويكون ديدنها العقود التبادلية، والعقود التبادلية بعوض لأن المقابل فيها مشروط والفائدة الغرض المادي العقد، والارتباط القائم بين الأداءات في إنشاء وترتيب الالتزامات التبادلية يجب أن يستمر إلـى مرحلـة التنفيذ، بمعنى أن تنفذ الالتزامات في آن واحد وهو ما يطلق عليـه " تعاصـر التنفيـذ". فأساس الدفع بعدم التنفيذ هو غياب السبب الذي من أجله أقدم المتعاقد على إبرام، لـذلك يشترط لإعمال هذه المكنة أن يمتنع طرف في العقد عن تنفيذ ما تعهد بـه ويكـون مـن مجافاة العدالة أن يرغم الطرف الآخر في العقد على تنفيذ التزامـه دون حصـوله علـى المقابل الذي تغياه من العقد الملزم للجانبين.

كما يجب أن تكون هذه الالتزامات مستحقة الوفاء، فلا محل لتطبيق فكرة الدفع بعدم التنفيذ ما لم يحن موعد تنفيذ الالتزام، كما لا يحق له المطالبة بالالتزام المقابـل إذا كـان التنفيذ مؤجلا، فإذا اقترن التنفيذ بأجل فما على طالب التنفيذ سوى انتظـار هـذا الأجـل ليكون التنفيذ حال الأداء، ومع ذلك إذا يستطيع المتعاقد أن يستفيد من أجل آخر رغـم أن الأداء أصبح مستحقا للوفاء، وهي نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين. مع اشتراط ألا يكون المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ متسببا في عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته.

و يشترط أيضا، أن يكون الالتزام المقابل لم ينفذ بكامله أو في جزء كبير منه إذا كان الالتزام قابلا للتجزئة، أما إذا كان المتعاقد قد نفذ التزامه مع بقاء قسم غير ذي أهمية وبال فليس مما يتفق مع حسن النية ومراعاة العدالة أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيـذ الالتزامـات المترتبة على عاتقه و إلا كان متعسفا في استعمال حقه. كما لا يصوغ له أن يمتنع عـن تنفيذ التزام جوهري إذا ثبت تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه مع تخلف تنفيذه لالتزام ثـانوي لا يؤثر في قيمة المقابل المتفق عليه.

2.1 ـــــــ آثار الدفع بعدم التنفيذ

إن المدين حين يدفع بعدم تنفيذ ما التزم به، إنما يتقي مطالبة الدائن له بالتنفيذ، سواء كانت هذه الدعوى للتنفيذ دعوى ودية عادية، أو عن طريق القضاء، وهذا الاتقاء يكـون القصد من ورائه إعاقة التنفيذ الودي أو إيقاف التنفيذ القضائي وجعله في حالة الاستشكال.

وعادة ما يطلب الدائن من مدينه تنفيذ التزامه مشافهة أو بأي طريق يحقق ذلـك إذا كان نوع العقد من العقود المتداولة في المعاملات المالية بين الأشخاص الطبيعية، خاصة

في العقود الفورية التي يكون التنفيذ فيها آنيا لاختزال عنصر الزمن فـي هـذه العقـود، ويكون طريق الدفع في مثل هذه العقود مماثلا لطريق المطالبة، خاصة إذا سبق التعامـل بين المتعاقدين فيصبح العرف الساري بينهما هو الجاري به التعامل. وقد يلجأ الدائن إلى إعذار المدين بتنفيذ التزامه عن طريق محضر قضائي، وفي هذه الحالة يمكنه الرد علـى هذا الإعذار بعدم تنفيذ الالتزام حتى ينفذ الدائن التزامه مع الإشارة إلى أن المتمسك بعـدم التنفيذ لا يحتاج إلى إعذار الدائن بضرورة تنفيذ التزامه أولا، لأن الامتناع يعتبر إعـذارا ضمنيا، وهو ما يختلف عن حالة الفسخ كما سوف نبينه لاحقا.

أما إذا عرض النزاع على القضاء بأن يرفع أحد المتعاقدين - دائنا كان أو مـدينا - دعوى قضائية لإلزام الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به، فله أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامـه إذا أثبت للقاضي أن رافع الدعوى لم يف بما عليه من التزام، أو لم يف بالجزء الأكبر من الالتزام، لأن الدافع يدعي غير الظاهر وهو ملزم بالإثبات، وإلا ألزم بالتنفيذ.

2 ـــــــ تبعة الانفساخ

إذا كان من الممكن أن يستند الدفع بعدم التنفيذ على نظرية الغبن أو أيـة نظريـة أخرى يمكنها أن تتصدى لعدم التعادل البين بين أداءات المتعاقدين فإن فكرة تحمل التبعة لا يبررها إلا الاستناد إلى نظرية انعدام السبب. فسبب التزام أحد الأطراف فـي العقـود التبادلية، هو تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه. فعدم التنفيذ ولو كان لقوة قاهرة، يؤدي إلـى زوال التزام الدائن ويحرره من التزاماته لزوال سببها. ففي صورة ما إذا استحال التنفيـذ على أحد المتعاقدين لالتزاماته يصبح المتعاقد الآخر في حل مـن تنفيـذ التزاماتـه. لأن السبب الذي من أجله التزم هو الحصول على فائدة معينة مـن تنفيـذ الطـرف الآخـر لالتزاماته، و في غياب هذا السبب تنعدم ضرورة بقاء العقد قائما لانعدام المبرر المنطقي والقانوني لذلك.

1.2 ـــــــ شروط تحمل تبعة استحالة التنفيذ

و يتقرر انفساخ العقد، باستحالة تنفيذه الناتجة عن السبب الأجنبي، وهذا ما ورد في نص المادة 121 ق. م: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب اسـتحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بقوة القانون".

وبناء على نص المادة فالمتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا خارج عن إرادته، بألا تكون له يد في حدوثه ولا قبل له بتوقيه، أن يتحلل من الالتزام الذي تحمله بموجب العقد محل الانفساخ، فتبرأ ذمته نحو المتعاقد الآخر لانقضاء الالتزامات المقابلة.

لأن علة العقد ترابط الالتزامات وتقابلها من مرحلة الإنشاء إلى مرحلة تنفيذ العقد وعلية تكون علة انقضاء العقد باستحالة التنفيذ مبررا للانفساخ، فيتحلل الدائن من التزاماته، وله أن يسترجع ما قام بأدائه لأن المدين - في الأصل - هو من يتحمل تبعة الهلاك. وعلى وجه الاستثناء يتحمل الدائن التبعة ، إذا تم إعذاره قبل الهلاك. كما يتحمل الدائن تبعة الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد، كما هو الشأن في عقد الوديعة مثلا، فالمودع هو من يتحمل التبعة.

ولا يطالب المدين بتعويض الدائن عن الفائدة التي كان يصبو إلى تحقيقها من العقد المبرم، لأن استحالة التنفيذ خارجة عن إرادته ولا محل للمسؤولية المدنية، إلا إذا تم الاتفاق بموجب العقد أو في اتفاق لاحق على شرط تحمل المدين تبعة الانفساخ. وبتوافر هذه الشروط يصبح العقد منفسخا من هذه اللحظة دون الحاجة إلى التمسك به أو انتظار حكم ينشئه، وهو المعبر عنه بالانفساخ بقوة القانون.

فنكون أمام حالة الانفساخ التي أقرها المشرع ومن ثم تحمل تبعته، عند تحقق انعدام سبب الالتزام باستحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، وهذا يفترض أن واقعة الانعدام و ما ترتب عليه من استحالة قد حدثت بعد انبرام العقد صحيحا، على محل موجود و ممكن، فإذا وقع الانعدام قبل التعاقد أو علم المتعاقدان باستحالة المحل، فان هذا العقد يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، ومجال للانفساخ الذي يقع على عقد صحيح.

و الاستحالة التي تعتبر محلا لإعمال الانفساخ، هي استحالة كلية تشمل الالتزام جميعه إلا إذا كان المتعاقد قد نفذ الالتزام في جزئه الجوهري وما استحال تنفيذه لا يؤثر في قيمة الالتزام المقابل الذي تعهد المتعاقد بأدائه، أما إذا كان ما استطاع أن ينفذه المتعاقد يعتبر ثانويا بالنسبة للأداء المتفق عليه، فإن العقد ينفسخ تأسيسا على كفاية سبب الالتزام.أما إذا نفذ الالتزام في جزء منه، ولم ينفذ في جزء أخر دون أن يكون للاعتبارات الجوهرية والثانوية مجال فالخيار للدائن إما بفسخ العقد أو المضي فيه مع التعويض وقد تقدم الذكر.

كما يجب أن تكون الاستحالة مطلقة مادية كانت أو معنوية وليست استحالة نسبية بـأن يصبح الالتزام مرهقا، لأن ذلك يفسح المجال لتطبيق مبدأ آخر غير الانفساخ متمثلا فـي نظرية الظروف الطارئة.

واستحالة تنفيذ الالتزام يجب أن تكون بغير إرادة المدين بمعنى أن تحـدث الاسـتحالة بسبب أجنبي لا يمكن للرجل المعتاد الحريص على تنفيذ التزاماته أن يتوقعه أو في إمكانه أن يدرأه ويتقي وقوعه متلافيا إياه.

2 .2 ــــــ تحمل التبعة

عند تحقق استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه وترتب على ذلك حالة الانفساخ، فإن العقد يزول و يتلاشى من تلقاء نفسه، دون الحاجة إلى حكم يوقعه، ولا يستوجب توجيـه الإعذار من طرف الدائن، فينقضي الالتزام وتبرأ منه بذلك ذمة المدين بقوة القانون مـن تاريخ استحالة التنفيذ، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

ويتحمل الدائن تبعة الانفساخ في العقود الملزمة لجانب واحد دون أن يكون له الحـق في طلب التعويض من المدين، ومن ذلك أن يتحمل المعير في عقد العارية تبعـة هـلاك العين المعارة إذا استحال الرد على المستعير الذي تبرأ ذمته، فمن البـديهي أن يتحمـل الدائن بمفرده للأضرار الناجمة عن استحالة التنفيذ، ولا مجـال لمطالبـة المسـتعير، أو المودع لديه في الوديعة بغير أجر، أو الموهوب له بتعويض الخسارة، لأن مرد اسـتحالة التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي ينتفي معه خطأ المدين، و تسقط بذلك المسؤولية المدنية.

و يتحمل المدين تبعة الانفساخ في العقود الملزمة للجانبين، سواء كان العقـد متعلقـا بالملكية أو الانتفاع، أو تعلق الأمر بالعقود الواردة على عمل.

ففي عقد البيع و هو من العقود الملزمة للجانبين وبما أنه من العقود التي تستوجب نقل الملكية والذي لا يكون بداهة إلا بالتسليم، فإن هلاك المبيع لسبب أجنبي تقع تبعـة العقـد على المدين وهو البائع ويتحمل بمفرده الخسارة، إلا إذا تفادى ذلـك بإعـذار المشـتري بوجوب حضوره إلى مكان التسليم الاتفاقي أو القانوني، وفي الوقت الذي يحددانه، ويعـد تخلف الدائن إيذانا منه بانتقال تبعة العقد إليه إذا هلك المبيع بعد الإعذار.

أما بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين غير الناقلة للملكية، فنورد مثـال علـى العقـود المتعلقة بالانتفاع ومنها عقد الإيجار الذي تنطبق عليه فكرة تبعة العقد وتبعة الشيء والتي يتحملها المدين وهو المؤجر الذي يتحمل هلاك العين المؤجرة وخسارة بدل الإيجار.
ونضرب بعقد المقاولة مثلا على العقود الملزمة للجانبين الواردة على عمل و غير الناقلة لملكية شيء، وفيها يتحمل المقاول تبعة استحالة التنفيذ، تبعة متعلقة بالعقد فيفقد بذلك أجرة المقاولة، و هو ما تضمنه نص المادة 568 من القانون المدني.

خلاصة الفصل الثاني

إن الانصراف إلى تحقيق التوازن المادي في العقد وفق الآليات المختلفة التي تم التطـرق إليها في هذا الفصل، قد كشف عن نية المشرع في مراعاة العدالة العقدية.

فإذا كان المشرع قد ترك لإرادة المتعاقدين الحرية فـي إنشـاء العقـود، و أطلـق لسلطانها رسم إطار العقد و تحديد آثاره؛ فإنه قد وضع حدودا للتطرف في ابتغاء تحقيـق المصالح الفردية على حساب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. سـواء كـان هـذا الضعف ذاتيا نفسي أو كان بسبب خارجي بإضعاف من شخص أو ظرف.

فقد تصدى المشرع للاختلال في التوازن الناجم عن الضعف النفسي من خلال إعمال مكنة الإنقاص من التزامات المتعاقد المستغل، أو الزيادة في التزامات الغابن، فضلا على قابلية العقد للإبطال، مع ترك المسألة تقديرية في نظر القاضي، الذي لا يتقيد فـي هـذا المجال إلا بقاعدة عدم الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم وهو ما تم بيانه آنفا.

و بما أن المشرع قد اعتمد مراعاة التوازن المادي في العقد كاستثناء فقد حدده بحالتين في الغبن الاستغلالي، و بحالات ثلاث في الغبن المجرد، لا تقبل القيـاس و لا تسـتدعي التعميم وحصر ها يتماشى مع تصور المشرع و إن عاب عليه الناقدون ذلك، فهو غيـر مضار لأن التوسع من شأنه أن يضرب القوة الملزمة للعقد في صميم مرتكزاتهـا و فـي أسمى ما ترمي إليه من ثبات و أمن في العقود و استقرار المعاملات و احترام للعهود.

و قد كان للإكراه الاقتصادي و التسلط التعسفي أثرهما البالغ في إضعاف المسـتهلك، مذعنا لحاجة ملحة، وراضخا ابتغاء لخدمة أو سلعة احتكرت، منقادا إلى التسليم بشـروط مجحفة كانت ستعنته لولا أن أخذ المشرع بيده، و تصدى لهذه البنود بما يكفل التوازن بين أداءات محترف نهم متعسف، وبين مذعن مضطر ضعيف.

أما المتعاقد الذي أرهقته الظروف فأردته ضعيفا، فقد أسعفه المشرع بنص خاص نابع من عدالة القانون في حد ذاته، فليس من مقتضيات العدل أن يتحمل المتعاقد خسارة فادحة بسبب ذلك الحادث الطارئ الذي أعقب خللا فادحا في التزامات الطرفين ممـا اسـتدعى إعادة التوازن إلى العقد بتغليب مبدأ على حساب آخر، وبتعبير أدق تغليب الغايات المثلى مستجمعة في فكرة العدالة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، للتقاطع المفترض بين المبادئ و الغايات و القيم العليا في المجتمع.

و قد كان للفقه و القضاء دورهما البارز في تنوير مختلـف التشـريعات المدنيـة و الإلحاح على فكرة انعدام السبب و علاقتها بتوازن التزامات المتعاقدين، ومنهـا اسـتلهم المشرع أحكاما عديدة، تماشيا و فكرة الارتباط بين الأداءات المتقابلة في العقود.

فليس من العدل أن يفي متعاقد بما تعهد بأدائه دون أن يحصل على ما تغياه من العقد و على هذا الأساس، حق للمتعاقد الذي غاب السبب الذي من أجله التزم، أن يتمسك بكـل آلية قانونية تحقق له التوازن، و كل مكنة تعيد إلى العقد توازنه فـي مرحلـة التنفيـذ و الانتهاء بعدما كان متوازنا في مرحلة الإنشاء، سواء بمكنة فسخ العقد و الحصول علـى تعويض عادل لما أداه طالب الفسخ من التزام، أو آلية الامتناع عن أداء الالتزام المقابـل لأداء طالب التنفيذ إذا لم يف هذا الأخير بما تعهد به في الآجال الحالة، أو تحمل الطرف الآخر في العقد تبعة الانفساخ باسترداد الدائن ما أداه من تقديمات.

وبما أن حسن النية مفهوم عام و غير محدد، فقد تحاشيت ضمه إلى الآليات المختلفة لإحداث التوازن أو المكنات المتعددة لإعادة التوازن إلى العقود، نظرا للتحديد الذي تحمله والخصوصية التي تكتنف الأحكام التي راعى بها المشرع حماية الرضـاء، أو وجـوب الوفاء بما التزم به الطرفان في العقود التبادلية تحت طائلة الجزاءات سابقة الذكر.

فمبدأ حسن النية - و إن كان يحقق التوازن المادي في العقد - إلا أنه ليس بالتقنيـة التي يمكن ضبطها و التحكم في إسقاطها على مرحلة بعينها من مراحل العقـد، أو علـى ركن بذاته من أركان العقد؛ بل هو من السعة و الشمولية ما يؤهله دون افتقار لغير مـن المبادئ إلى الوقاية من حدوث الخلل في التوازن التعاقدي، وذلك حال تشـبع المتعاقـدين بخلق الأمانة روح التضامن و ما يمليانه من تحقيق مصلحة المتعاقـدين معـا وذلـك بالانتفاع من العقد دون تحمل عنت أو تعمد إضرار.

الخاتمة

إن فكرة توازن الأداءات في العقد من العمق ما يستوجب الاستفاضة في تفصيل جزئياتها للإلمام بحيثياتها المتنوعة ودقائقها المتداخلة، و إن كان هذا البحث لا يرقى إلى الإحاطة بالموضوع من كل جوانبه، إلا أنه محاولة بجهد المقل، و إلماعة مقتضبة مركزة حول نظرة المشرع للفكرة، مع تثمين الصائب منها، وتبيين ما اعتراها من زيغ و انحراف و نقص.

و قد اقتضت طبيعة الموضوع التعرض لمختلف الأحكام التي تضمنتها نصوص القانون المدني، عرضا يفوق مجرد السرد والجرد، لأن الأهداف تتعدى ذلك لارتباطها بالجانب العملي، و ما تكتسيه من طابع الإلحاح والحث والتنبيه إلى ضرورة بعث روح الاجتهاد لاستخلاص أحكام من شأنها تحقيق التوازن في العقد. لأن النظرية العامة للعقد ما عادت تستوعب التطور اللافت لأساليب المعاملات المالية.

فالأصل أن العقد بطبيعته عقد متوازن، لأنه نتاج إرادة حرة سليمة وقادرة على الدفاع عن المصالح، وترتيب الأوضاع و حفظ المراكز، و هو توازن عام ينسحب على مرحلة تكوين العقد، ويبقى مستمرا حتى يبلغ التعاقد مداه، طالما ضمن المشرع المساواة القانونية. و اعتنى المشرع - إلى جانب ذلك - بظروف خاصة فراعاها بأحكام على سبيل الاستثناء، في صورة إعادة التوازن إلى الحالات الخاصة.

و المشرع بهذا الطرح، لم يكن بمنأى عن النقد الموجه لجمود النظرية وبقائها حبيسة لأفكار وإن لم توصف بأنها بائدة، إلا أنها تحتاج إلى تجديد وتنوير بنظرات ثاقبة، مستشرفة لمجتمع تتناسق فيه المبادرات الحرة، مع اقتضاء المصلحة لكل أفراده ميزانه الإرادة والعدل وديدنه الحرية والعدالة.

سليم هذا القول؛ والأسلم منه القول بوجوب البقاء في إطار القوة الملزمة للعقد، بكل المعاني الرامية إليها مما أشير إليه آنفا، و الموازنة بين الذاتية و الموضوعية بما يحقق العدالة و الاستقرار معا، بتصور إرادي جديد يقدس العقد متى كان مفيدا و عادلا.

و لقد رأينا كيف حاول المشرع أن يحافظ على التوازن في العقد، بإقراره ما يناسب كل حالة، معالجا ذلك وفق النظرة الذاتية التي أثبتت قصورها، وحاجتها إلى ما يدعم وجودها من جهة، واستكمال هذا النقص من جهة أخرى. إلا أنه كان على المشرع

ـ ـ ـ ـ زيادة على الملاحظات المسجلة على تلك الأحكام ـ ـ ـ ـ ـ أن يهجر نظريـة مجلس العقد، ويعتد بالإيجاب الملزم من جهة؛ ومن جهة أخرى، أن يستفيد مـن إعمـال الخيارات العقدية، التي جاء بها الفقه الإسلامي، ونذكر منها، خيار التروي الذي اخـتص به الفقه المالكي، المعمول به في بلادنا والذي استفاد منه المشرع الفرنسي في كذا قانون في مواضيع مختلفة.

فمن شأن الإيجاب الملزم والحق في الرجوع أن يحدثا التوازن آليا، إلا أنه يجب أن نشير إلى أن الأخذ بخيار التروي، وغيره من الخيارات، يحتم علينا إعـادة النظـر فـي النظرية التقليدية للعقد الصحيح فنقسمه إلى صحيح نافذ لازم، ونافذ غيـر لازم، بمكنـة الرجوع في العقد بعد إمعان النظر قبل إبرام العقد، وليس بعد تمامه، حفاظا على استقرار المعاملات ومسايرة لنظرة المشرع المتشبع بروح الفردية التي لم يستطع أن يتخلص مـن سيطرتها على معظم نصوصه رغم محاولاته المتعثرة التوجه نحو تحقيق التوازن المادي في العقد، بالأحكام المشار إليها في الفصل الثاني من هذا البحث.

هذه الاستثناءات كانت محل انتقاد فقهاء الاتجاهين المتضادين، فلا هي ارتقت إلى ما يصبو إليه المنادون بالمساواة الفعلية، ولا هي استبقت على المساواة المجردة. وفي كلتـا الحالتين لم تنجح في تحقيق التوازن. غير أن الحقيقة غير ذلك؛ لأن المشـرع وإن تبنـى النظرة الذاتية معتنقا بذلك المذهب الشخصي، قد اهتم بالتوازن في العقد أيما اهتمـام. لأن الذين ينفون ذلك يخلطون بين العدالة والتوازن. فالعدالة هي فكرة فلسفية تبقى غاية بعيدة ترسم وفق سياسة اجتماعية، أو مجتماعاتية، تتفاعل فيها مجموع العلاقات التـي تحكـم الأفراد، و الأنماط السياسية والاقتصادية التي تسود مجتمع معين. ففي مجتمع يسود فيـه العدل، ويكون في درجة عالية من الرفاه، وتحقيق الشروط المناسبة للعـيش الرغيـد، لا يتصور الطعن في العقد بسبب وجود شروط تعسفية، في العقود بين الأفراد لأنه باستطاعة الفرد في مجتمع شبيه، ألا يتعاقد.

لأن المساواة الحقيقية التي ينادي بها أنصار المذهب الموضوعي، لا يمكـن أن تتحقق كون الربح والخسارة لا يمكن قياسهما دائما قياسا ماديا من جهة، وحتى لو كـان القياس ماديا لمالت كفة الأكثر خبرة ودراية وأملا في تحقيق الفائدة بأقل التكـاليف، مـن جهة أخرى. وهذه طبيعة البشر عليها جبلوا، وفي سبيلها يسعون، خاصة المتعسفين مـن

ذوي التسلط الاقتصادي، الذين يستغلون مراكزهم لتحقيق مصالحهم حتى و لو كان السبيل إليها العنت الذي يضعف الطرف الآخر في العملية التعاقدية.

وقد يكون من فضل القول، أن مطلق التطرف يتنافى مع فكرة التوازن، فقد رأينا عجز النظرة المفرطة في الذاتية التي تعوز إلى الأحكام المسايرة للأوضاع القانونية الجديدة، كما أن التوازن المادي المجرد، وضع وقع المتشبثين به في شطط عند التمسك بكفايته دون مراعاة إرادة الأطراف و أوضاعهم الشخصية. لأن التوازن يقصد به الاعتدال الذي يتطلب الموازنة بين النقيضين ليصبحا متكاملين.

وعليه فقد انتهينا إلى أن الأحكام التي أوردها المشرع لتحقيق التوازن في العقد، وإن سدت ثغرة عجز النظرة الذاتية بمفردها عن تحقيق ذلك، إلا أنها أثبتت مما لا يدع مجالا للشك كما رأينا، حاجتها وافتقارها إلى ذلك الوازع الذاتي، الذي يلجم جماح الفرد، ويكبل تطرفه. إنه مبدأ حسن النية الذي يتفوق على كل المبادئ والأحكام قوة وثباتا، ويتغلغل في جميع العقود تطويعا وتعديلا، حتى يعيد الفرد إلى صوابه، وإلى العقد توازنه واستقراره.

المبدأ الذي ينم على صفاء السريرة، ونقاء الضمير، و إذا راقب الفرد نفسه من خلاله، لا يحتاج إلى رقابة القاضي، ولا يخشى القانون لأنه يحمي دائما المتعاقد حسن النية. وبإعمال المبدأ ترقى العلاقات التعاقدية من التضاد إلى التعاون، والتعاضد، حتى نصل بهذه العلاقات إلى التضامن التعاقدي الذي يعتبر النتيجة الحتمية للمبدأ في أسمى تجلياته. والموازنة بين الحق وما يمثله من سلطة و استئثار، و بين الوصول بالمتعاقدين إلى التضامن العقدي ليس بالأمر السهل، ولا يتأتى بإعمال قاعدة قانونية، أو الحث على قاعدة خلقية يجب أن يرقى إليها القانون، إنما هو جهد دؤوب من المفكرين لخلق أفكار بوسعها الحد من العقلية الاستهلاكية، و النهم بميزة مفرطة تعسفية، و استسلام المشرع للظواهر المتجددة في المجتمع بتكييفه القوانين وفق رغبة مذهب، أو ضغط سلطة.

فالقانون يجب أن يرقى إلى قواعد الأخلاق، ويرقى الجميع بفكرهم للتكيف مع القانون. وتبقى العدالة العقدية مطمح كل القوانين التي إنما تسن لتحقيقها، وتشدد على القضاء توخيها في الأحكام التي يصدرونها، والتي قد يبحثون عنها خارج القوانين إذا لم تسعفهم، لكننا إن لم يكن في وسعنا تحقيق العدالة، فبإمكاننا تحقيق العدل، الذي يلتقي مع معاني المساواة، والوزن بالقسط، الذي ينتهي بنا إلى التوازن في العقود.

قائمة المراجع

أولا: المراجع بالعربية

1. الكتب

ـ ـ ـ ـ ـ إبراهيم الدسوقي أبو الليل،العقد غير اللازم،دراسة مقارنة معمقة في الشـريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت،1994.

ـ ـ ـ ـ ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، 1984، ج 3 .

ـ ـ ـ ـ أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المكتبة العصرية، بيروت، 2007.

ـ ـ ـ ـ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكـر، بيـروت، ج2. 1976.

ـ ـ ـ ـ ـ أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، أحكام القرآن، مطبعة الحلبـي، 1966، ج. 1.

ـ ـ ـ ـ أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الحديث، 2000، ج5.

ـ ـ ـ ـ أبو عبد الله بن محمد بن ابراهيم البقوري، ترتيـب فـروق القرافـي، تحقيـق الميلودي بوجمعة و الحبيب بن طاهر، مؤسسة المعارف، لبنان، 2008.

ـ ـ ـ ـ ـ أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000.

ـ ـ ـ ـ ـ ـ أحمد العوضي، حقيقة المصلحة و خصائصها في الشريعة الإسلامية و الفكر الوضعي مجلة دراسات، جامعة الأردن، ع 1، سنة، 2000.

ـ ـ ـ ـ ـ أحمد سعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الاتجاهات الحديثـة فـي القانون المقارن، المكتبة العصرية، مصر، 2007 .

ـ ـ ـ ـ ـ أحمد محمد ديب حجال، القواسم المشتركة لعيوب الرضا، منشـورات زيـن الحقوقية، لبنان 2006

ـ ـ ـ ـ ـ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، إزاء المضمون العقـدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

ـ ـ ـ ـ ـ أكثم أمين الخولي، العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة) ، مطبعة النهضة ، مصر 2002.
ـ ـ ـ ـ ـ أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، 1996.
ـ ـ ـ ـ ـ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المـ ـدني الجزائري،الجـ ـزء الأول،د.م.ج 1999
ـ ـ ـ ـ ـ بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقـ ـارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986
ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا ومصر، دار هومة، 2007.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ بودالي محمد، القواعد العامة لحماية المستهلك، دراسة مقارنة، الجزائـ ـر، 2007.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ بوصبع نذير، نظرية العقد عند ابن حزم الأندلسي أصولها ومقوماتهـ ـا، دار ابن حزم
بيروت 2010.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، مطـ ـابع الريـ ـاض، ترتيب عبد الرحمن الحنبلي، 1962 ط. 1 ج 29.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية بيروت، 1988.
ـ ـ ـ ـ ـ جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة، دار التنـ ـوير العربي
لبنان، ط 4، 1984.
ـ ـ ـ ـ ـ جعفور محمد سعيد، الخيارات العقدية في الفقه الإسـ ـلامي كمصـ ـدر للقـ ـانون المدني، دار هومة، الجزائر، 1998.
ـ ـ ـ ـ ـ جعفور محمد سعيد ، نظرية عيوب الإرادة في القـ ـانون المـ ـدني الجزائـ ـري والفقه الإسلامي دار هومة، الجزائر، 2002.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ جمال الدين محمد محمود، سبب الالتزام ومشروعيته في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

ـ ـ ـ ـ ـ حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
ـ ـ ـ ـ ـ حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
ـ ـ ـ ـ ـ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 1970.
ـ ـ ـ ـ حمد الله محمد حمد الله،حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
ـ ـ ـ ـ ـ حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات(الهبة ـ الوصية ـ الوقف)، دار هومة ، ط 2.
ـ ـ ـ ـ ـ حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة فـي العقود المدنية دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
ـ ـ ـ ـ ـ حسين عامر، القوة الملزمة للعقد،مطبعة مصر، ط1، 1949.
ـ ـ ـ ـ خليل أحمد حسن قدادة ،الوجيز في شـرح القـانون المـدني الجزائـري، ج 1،مصادر الالتزام ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1994.
ـ ـ ـ ـ داود بن صالح، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الفقـه الإسـلامي، دبلـوم الدراسات العليا،جامعة الجزائر،1974.
ـ ـ ـ ـ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 2003.
ـ ـ ـ ـ ـ رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000.
ـ ـ ـ ـ سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني ط 1 ، 1987.
ـ ـ ـ ـ سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضـة العربية مصر، 1998.
ـ ـ ـ ـ ـ سلمى حمزة الخنساء، تاريخ الفكر السياسي في العصور القديمة والوسطى، بيروت 1988.

ـ ـ ـ ـ ـ سمير عبد السيد تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية العقد و أحكام الالتـزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ سمير تناغو، النظرية العامة للقانون،منشأة المعارف، مصر، 1986.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ شفيق شحاتة، ، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1963.
ـ ـ ـ ـ شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الفقه الحنفـي، مطبعـة الاعتمـاد، القاهرة، ج1. بدون تأريخ.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القـيم الجوزيـة، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث، ج 1 و ج 3.
ـ ـ ـ ـ ـ ـ شهاب الدين الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، جامعة دمشق، 1961
ـ ـ ـ ـ ـ صوفي أبو طالب، تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية، دار النهضة العربيـة، مصر 1977.
ـ ـ ـ ـ ـ صوفي أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الرومـاني، دار النهضة العربية، 1964.
ـ ـ ـ ـ ـ ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، منشورات زيـن الحقوقية الطبعة الأولى، 2009.
ـ ـ ـ ـ ـ عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، دار الكتب القانونيـة، مصر 2010.
ـ ـ ـ ـ عادل بسيوني، العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوربية، طبعة الهيئـة المصرية 1978.
ـ ـ ـ ـ ـ عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري، منشـأة المعـارف بالإسكندرية 1985.
ـ ـ ـ ـ عبد الحليم عبد اللطيف القوني،حسن النية وأثره فـي التصـرفات فـي الفقـه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.
ـ ـ ـ ـ ـ عبد الحميد فودة، جوهر العقد بين المثالية والوقعيـة، دار الفكـر الجـامعي، مصر، 2004.

- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1953
- عبد الرحمان عياد ، أساس الالتزام العقدي، رسالة دكتوراه ، مصر ،2004.
- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، ج1 منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج 1 منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 1998.
- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية،دار النهضة العربية،1974.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، دون سنة نشر.
- علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي في العقد الإداري في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الرياض، 2008.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ،مصادر الالتزام،ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة السابعة، 2006 .
- علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي) ج 1 دار البشائر الإسلامية،ط 3، 2008.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، مصر،2004.
- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الرسالة، بيروت، 1985.
- فيلالي علي ،النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- فيلالي علي ، مقدمة في القانون، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر،2005.
- قذافي عزات الغنانيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي،دار النفائس، الأردن، 2008.
- مارغريت نقولا انطوان مارونيس، العنصر الأخلاقي في العقد، مكتبة صادر ناشرون لبنان،2006 .

ـ ـ ـ ـ محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار النهضة العربية، القاهرة بدون سنة نشر.
ـ ـ ـ ـ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة 1977.
ـ ـ ـ ـ محمد أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، 1984.
ـ ـ ـ ـ محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائـري والشـريعة الإسلامية المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
ـ ـ ـ ـ ـ محمد حسنين عبد العال، الاتجاهات الحديثة لفكرة النظام العام ومدى الحمايـة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
ـ ـ ـ ـ ـ محمد عبد رب النبي حسنين محمود، نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في اطار القانون العام، دراسة مقارنة ، دار السلام، 2008.
ـ ـ ـ ـ ـ محمود عبد الرحمان محمد، الاستغلال والغبن ودورهما في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دار النهضة العربية القاهرة، 1995.
ـ ـ ـ ـ ـ محمد سلام مدكور، المدخل إلى الفقه الإسلامي، دار النهضة العربيـة، ط 1، 1959.
ـ ـ ـ ـ محمد سلام زناتي،، قانون حمورابي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العـدد 1، جانفي 1971.
ـ ـ ـ ـ ـ محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية و أثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
ـ ـ ـ ـ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجـزء الأول، العقـد والإرادة المنفردة دار الهدى،الجزائر، 2004.
ـ ـ ـ ـ ـ محمد علي عبده، نظرية السبب في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية 2004.
ـ ـ ـ ـ ـ محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد (العقود المسماة)، ج 05، ط 2

ـ ـ ـ ـ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، ضبط و توثيق، يوسف الشيخ محمد البقاعي دار الفكر، 2010.

ـ ـ ـ ـ ـ مجيد حميد العنكبي، أثر المصلحة في التشريعات، جامعة صدام، العـ راق، 2001.

ـ ـ ـ ـ ـ مختار القاضي، نظرية السبب في الالتزامـ ات المدنيـ ة، دار الضـ ياء، ط1، 1961.

ـ ـ ـ ـ ـ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2، 2004،ج 1

ـ ـ ـ ـ ـ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنـ ان، 2004.

ـ ـ ـ ـ مصطفى سيد صقر، فلسفة و تاريخ النظم القانونية والاجتماعيـ ة، مصـ ر، دار المطبوعات 1998.

ـ ـ ـ ـ مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

ـ ـ ـ ـ ـ مصطفى محمد الجمال، تجديد النظريـ ة العامـ ة للقـ انون، مطبعـ ة الفـ تح، الإسكندرية، 2002 ج 1.

ـ ـ ـ ـ ـ معروف الدوليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية، جامعة دمشق، 1961 ج. 2.

ـ ـ ـ ـ ـ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافـ ة، الأردن 1996.

ـ ـ ـ ـ مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، دار المعارف، 1954، ج 2.

ـ ـ ـ ـ ـ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقـ ه الإسلامي،الشـ ركة الوطنيـ ة للنشر والتوزيع الجزائر، ط 2، 1979.

ـ ـ ـ ـ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1985

ـ ـ ـ ـ يوسف كرم، تاريخ الفلسفة اليونانية، القاهرة، 1953.

ـ ـ ـ ـ هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة سموحي فوق العادة، منشورات عويـ دات، لبنان، 1972.

2.الرسائل

أ. رسائل الدكتوراه

ـ ـ ـ ـ ـ بن شنيتي حميد ، سلطة القاضـي فـي تعـديل العقـد، رسـالة دكتـوراه، الجزائر،1997.

ـ ـ ـ ـ رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصـادية علـى القـوة الملزمـة، دكتوراه، مصر 2004.

ـ ـ ـ ـ محمدي سليمان، نفاذ العقد، دكتوراه، الجزائر، 2004.

ـ ـ ـ ـ ـ محمدي فريدة، مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، الجزائر، 1993.

ـ ـ ـ ـ ـ عبد الرحمان عياد، أساس الالتزام العقدي ، دكتوراه، مصر، 2004.

ب. رسائل الماجستير

ـ ـ ـ ـ ـ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة فـي القـانون المـدني الجزائـري، ماجستير الجزائر،1983.

ـ ـ ـ ـ حسن عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، دبلـوم القانون الخاص، جامعة الجزائر 1974.

ـ ـ ـ ـ ـ خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، ماجستير، الجزائر،1987.

ـ ـ ـ ـ ـ ـ دكار فايزة، الغبن في العقود المدنية، ماجستير، الجزائر، 2008 .

ـ ـ ـ ـ ـ ـ عسالي عرعارة ، نظرية الاستغلال ، ماجستير، الجزائر ، 1998.

ـ ـ ـ ـ ـ عزوز عبد الحميد، المرجع السابق8. داود بن صالح، نظرية الشوط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي، دبلوم الدراسات العليا، الجزائر،1974.

ـ ـ ـ ـ ـ فاضل خديجة، تعديل العقد أثناء التنفيذ، ماجستير، الجزائر، 2002.

ـ ـ ـ ـ ـ ـ فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، ماجستير، الجزائر، سنة 1998.

ـ ـ ـ ـ ـ نجاري عبد الله، الشرط الجزائي، ماجستير، الجزائر،1983.

3. المقالات

ـ ـ ـ ـ ـ أحمد عبد الرحمان ملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشـروط المجحفـة فيها،مجلة الحقوق،السنة السادسة عشرة، العدد الأول و الثاني،1996.

ـــــ بلحاج العربي، حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري،المجلة الجزائرية للعلوم القانونيـة والاقتصـادية والسياسية، العدد الأول، سنة 1990، ص 192

ـــــ محمد عبد الجواد، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة المحاماة، العـدد الثاني والثالث، السنة التاسعة والثلاثون

ـــــ محمدي سليمان، من أجل إبقاء الغبن في بيع العقار، المجلة الجزائرية للعلـوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01 سنة 2008.

ـــــ محمدي سليمان، ضرورة إعادة النظر فـي مركـز الخلـف العـام، المجلـة الجزائرية للعلوم الاقتصادية، عدد 1 سنة 2009.

ـــــ مختار القاضي، تأثر الالتزامات المدنية بالنزعة الشخصية والمادية،في القانون الروماني ـــــــ في الشريعة الإسلامية ـــــــ

في القانون المدني الحديث،مجلة المحاماة،السنة التاسعة والثلاثون، العدد الثاني.

ـــــ سعيد عبد السلام، الإجبار القانوني على التعاقد، العددان الأول و الثاني ينـاير وفبراير،السنة 68.

ثانيا: المراجع بالفرنسية

1. الكتب

- A. FOUILLEE: La science sociale contemporaine, Paris, 1880,

- ANNE - SYLVIE COURDIER - CUISINIER, Le solidarisme contractuel, darentiere à dijon-quetigny, 2006,

- BEATRICE JALUSOT, La bonne foi dans les contrats, Etude comparative des droit français, allemand et japonais DALLOZ, 2001,

- BENCHAABANE HANIFA, L'àléa dans les contrat, opu, 1992 ,

- E.KANT: Doctrine du Driot, Traduction Barni, Paris, 1889,

-J.DARBELLAY: La regle juridique, son fondement moral et social, ed. De l'oeuver st-Augustin, st-Maurice, Fribourg, 194,

-J. GHESTIN, Traité de droit civil, le contrat. formation, LGDJ 1988,

- J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, chr.1

- J. GHESTIN, Traité de droit civil, le contrat. formation. LGDJ 1988. no. 41,P. 166, 180,

- MUSTAPHA MEKKI, L' intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004

P.ROUBIER: Theorie generale du droit, Paris, Sirey, 1951,

- RIPERT GEORGES, La Règle morale dans les contrats civiles, 1949, 4 édit. Réé. 1994,

3. المقالات

- Mustafa Elgharbi, justice contractuelle et liberté de la volonté : un rapport problématique, REVUE DE RECHERCHE JURIDIQUE, PUAM 2005- 1,

الفهرس

الموضوع **الصفحة**